UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. FACULTÉ DE DROIT D'AIX

# ÉTUDE SUR LA FORMATION

DES

# CONTRATS ENTRE ABSENTS

**(QUESTION DE TEMPS et QUESTION DE LIEU)**

---

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

**Présentée et soutenue**

PAR

VINCENT MARCAGGI

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

**Lauréat de la Faculté.**

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—

1902

# THÈSE

POUR LE DOCTORAT

# UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

## PERSONNEL

MM. BRY, Doyen, professeur de Droit romain.

JOURDAN, professeur de Droit civil.

BOUVIER-BANGILLON, professeur de Droit commercial.

LACOSTE, professeur de Droit civil.

VERMOND, professeur de Droit romain.

MOREAU, professeur de Droit administratif.

PERREAU, professeur d'Économie politique.

FERRON, agrégé, chargé des cours de Procédure civile et voies d'exécution.

BABLED, agrégé, chargé du cours de Droit international public.

BONNECARRÈRE, agrégé, chargé du cours de Droit criminel.

BROCARD, chargé du cours d'Économie politique.

ROMAN, chargé du cours d'histoire du Droit français.

TCHERNOFF chargé du cours de principe du Droit constitutionnel comparé.

BARTHÉLEMY, chargé du cours d'éléments du Droit constitutionnel.

JOUGLA, Secrétaire.

---

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. FACULTÉ DE DROIT D'AIX

# ÉTUDE SUR LA FORMATION

DES

# CONTRATS ENTRE ABSENTS

**(QUESTION DE TEMPS et QUESTION DE LIEU)**

---

**THÈSE POUR LE DOCTORAT**

Présentée et soutenue

PAR

VINCENT MARCAGGI

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Lauréat de la Faculté.

ACAD.
DOCTORAT
JURIDL

---

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—

1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547019_0012

# INDEX BIBLIOGRAPHIQUE

*Alauzet.* — Commentaire du Code de commerce.

*Aubert.* - Du contrat par correspondance. Thèse de doctorat, Paris, 1893.

*Aubry et Rau.* — Cours de droit civil français.

*Audinet* — Principes élémentaires de droit international privé.

*Baudry-Lacantinerie et Barde.* — Des obligations.

*Baudry-Lacantinerie et Saignat.* — De la vente et de l'échange.

*Bianchi.* — I contrati per correspondenza e l'art. 36 del codice di commercio in materia civile (per il XXXV anno d'insegnamento di Filippo Serafini)

*Bolaffio.* - L'art 36 del nuovo codice di commercio ed contrati per telefono. (Archivio giuridico XXIX, 1882 )

*Boncenne et Bourbeau.* — Théorie de la procédure civile.

*Bonne.* — Des risques dans la vente. (Revue pratique, 1872, XXXIII-XXXIV.)

*Bufnoir.* — Propriété et Contrat

*Cadrès.* — A quel moment est formée une convention faite par correspondance. (Revue de Droit français et étranger de Fœlix, 1844, XI.)

*Carey.* — Des recueils d'arrêts en Angleterre et spécialement de la question de savoir a quel moment est formée une convention par correspondance (Revue Fœlix, 1844, X )

*Carré et Chauveau.* — Lois de la procédure civile.

*Cipelli.* — Della perfezione della vendita fra assenti.

*Couétoux.* — Des Achats et Ventes de marchandises. Thèse de doctorat, Paris, 1874.

*Cousin.* — Des contrats entre absents. Thèse de doctorat, Paris, 1886.

*Darquer.* — Des contrats par correspondance. Thèse de doctorat, Paris, 1885.

*Delamarre et Le Poitevin.* — Traité de droit commercial.

*Demolombe.* — Des contrats et des obligations conventionnelles.

*Despagnet* — Précis de droit international privé.

*Duvergier.* — De la Vente.

*Ferron.* — Compétence ratione personæ des tribunaux de commerce. (Rev. crit., 1901.)

*Fiore.* — Droit international privé (traduction Pradier-Fodéré).

*Flandin.* — Vente par correspondance. (Revue du notariat et de l'enregistrement, X, 1869.)

*Fœlix et Demangeat.* — Traité de droit international privé.

*Garsonnet.* — Traité de procédure.

*Geny.* — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif.

*Girault.* — Traité des contrats par correspondance.

*Guiard.* — De la nature et des effets de la pollicitation ou offre faite par lettre missive. (Rev. Fœlix, XIII, 1846.)

*Guillouard.* — Des effets des promesses de vente. (Revue critique, 1875.)

*Guillouard.* — De la vente et de l'échange.

*Haberstitch.* — Manuel du droit fédéral des obligations (traduction Gallieron).

*Hepp.* — De la correspondance privée, postale ou télégraphique. Thèse Strasbourg, 1864.

*Huc.* — Commentaire théorique et pratique du Code civil.

*Ihering.* — Œuvres choisies.

*Lainé.* — Introduction au droit international privé.

*Larombière.* — Théorie et pratique des obligations

*Laurent.* — Principes de droit civil français.

*Laurent.* — Droit civil international.

*Litten.* — Quo tempore pactum inter absentes propositum perfici videatur.

*Lomonaco.* — Delle obligazioni.

*Lyon-Caen et Renault.* — Précis de droit commercial.

*Lyon-Caen et Renault.* — Traité de droit commercial.

*Marghieri.* — Il diritto commerciale italiano esposto sistematicamente.

*Massé.* — Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil.

*Orillard.* — Compétence et procédure des tribunaux de commerce.

*Pandectes françaises.* — V° Compétence commerciale et V° commis-voyageur.

*Pardessus.* — Cours de droit commercial

*Pescatore.* — Le convenzione per corrispondenza epistolare. (Archivio giuridico, XII, 1874.)

*Petit.* — Du contrat par correspondance. Thèse de doctorat, Paris, 1891.

*Pigozzi.* — Della perfezzione dei contratti per corripondenza. (Archiv. giurid , VI, 1870.)

*Pollock.* — Principles of contract.

*Ranelletti.* — Il silenzio negli atti giuridico (Rivista italiana per le scienze giuridiche, XII, 1892.)

*Ripert.* — Essai sur la vente commerciale.

*Rivière.* — Le commis-voyageur et son préposant.

*Robert.* — Des contrats par correspondance. Thèse de doctorat, Dijon, 1868.

*Rousseau.* — Traité théorique et pratique de la correspondance.

*Rousseau et Laisné.* — Compétence des tribunaux de commerce.

*Ruben de Couder.* — Dictionnaire de droit commercial. V°. Commis-voyageur et compétence.

*Saleilles.* — Théorie de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand (2e édit).

*Saleilles.* — De la déclaration de volonté.

*Savigny.* — Système de droit romain (traduct. Guenoux).

*Serafini.* — Della conclusione dei contratti fra assent. (Scritti germanici, diss. I.)

*Supino.* — Archivio giuridico, XIII.

*Surville.* — Contrat par correspondance dans les rapports internationaux. (Journ. Clunet., 1891 )

*Troplong.* — De la vente et de l'échange,

*Valéry.* — Des contrats par correspondance.

*Vidal.* — Le téléphone au point de vue juridique.

*Vidari.* — Corso di diritto commerciale.

*Weiss.* — Manuel de droit international privé.

*Weiss.* — Traité de droit international privé.

*Worms.* — De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations. Thèse Paris, 1891.

*Wurth.* — Principes de droit qui régissent les lettres, missives et les télégrammes. (Discours de rentrée à la Cour d'appel de Gand, 16 octobre 1862 )

# INTRODUCTION

Celui qui veut contracter avec une personne, lui fixe généralement un rendez-vous : les deux parties en présence discutent alors chacune au mieux de ses intérêts les conditions du marché, et ne se quittent qu'une fois l'affaire terminée dans un sens ou dans l'autre. Cette façon de procéder, suffisante pour une époque où les besoins du commerce n'étaient pas considérables, ne pourrait, sans inconvénients graves, s'appliquer dans une société où l'activité économique est aussi développée qu'à l'heure actuelle. Sous l'empire de besoins nouveaux, le champ d'opération s'est étendu : les transactions qui jadis se faisaient entre habitants d'une même ville, se font aujourd'hui d'un bout à l'autre du monde ; il ne saurait être question pour les parties de se déplacer ; elles traitent sans se voir et sans se connaître, par le simple échange de leurs consentements ; c'est ce qu'on appelle contracter entre absents. *La déclaration de volonté seule voyage*, son auteur ne bouge pas, d'où l'obligation de se servir d'intermédiaires.

Définir le rôle de ces intermédiaires, c'est établir les diverses manières de contracter entre absents.

Très souvent, la conclusion du contrat résulte d'un *échange de lettres* contenant soit l'offre, soit l'acceptation : l'intermédiaire, dans ce cas, sera le plus souvent l'admi-

nistration des postes ; mais, ce peut être un individu quelconque rappelant les celeripedes, les tabellarii des romains ; cela n'a aucune importance non plus que le moyen de transport employé : voiture, chemin de fer, paquebot, ballon, pigeon-voyageur. Le rôle de l'intermédiaire se borne alors à un simple acte matériel, remettre la lettre comme il remettrait un objet quelconque : la volonté arrive à l'autre partie dans la forme même que son expéditeur lui a donnée. Il peut en être autrement : dans la correspondance télégraphique, le destinataire ne reçoit qu'une copie faite par les employés du télégraphe de l'écrit qui leur est remis, mais, au fond, ici encore le rôle des employés est à peu près mécanique, transcrire aussi exactement que possible les paroles contenues dans l'écrit, de sorte que le contrat par lettre et le contrat par télégraphe peuvent se ranger sous le titre unique de *contrats par correspondance*, c'est-à-dire de *contrats conclus « par l'intermédiaire d'agents de communication uniquement destinés à transmettre la volonté des parties avec la plus grande fidélité possible »* (1).

La correspondance est, sans doute, un précieux auxiliaire du commerce : en permettant aux commerçants de transmettre sans se déplacer leurs propositions en tous lieux et à toutes les distances, elle imprime aux transactions une vigoureuse impulsion, mais on ne saurait nier son infériorité sur la parole au point de vue de la persuasion et de l'efficacité. Telle offre par lettre sera rejetée, qui eut été acceptée si l'offrant en avait de vive voix fait miroiter les avantages : cela explique l'habitude d'envoyer auprès des tiers certaines personnes chargées de faire va-

(1) *Valery*, Des contrats par correspondance, nº 3.

loir la qualité de la marchandise offerte et de débattre les conditions des marchés. Ces intermédiaires sont plus que les porte-paroles de la personne qu'ils représentent ; ils jouissent d'un certain pouvoir d'appréciation relativement à l'affaire qu'ils sont libres de traiter ou de ne pas traiter. Mais alors une distinction s'impose, car si tous les contrats par correspondance sont des contrats entre absents, il n'en est pas de même de tous ceux dont nous nous occupons en ce moment.

Je veux acheter une certaine quantité de laine en Australie : je peux donner mandat de le faire à un de mes amis ; je peux prier un commissionnaire de me les acheter ; je peux charger quelqu'un d'arrêter les conditions du marché et de me les faire connaître, parce que je me réserve de les ratifier..

On ne saurait évidemment parler de contrat entre absents dans l'hypothèse du mandat, parce que si je n'ai pas figuré en personne au contrat, j'y étais représenté par un fondé de pouvoirs, qui a discuté et accepté en mon nom ; sa volonté me lie, parce que j'ai d'avance approuvé sa conduite ; tout se passe comme si j'étais venu traiter moi-même ; tout est fini quand le mandataire a traité avec le tiers : c'est un contrat entre présents.

La solution est la même si j'ai recours à un commissionnaire car celui-ci parle en son nom, du moins dans l'opinion courante : c'est lui qui devient acquéreur, je ne le deviendrai à mon tour que s'il veut bien par un second contrat ; il n'est pas question de moi dans les pourparlers entre mon intermédiaire et le marchand de laine qui contractent l'un avec l'autre.

Reste la troisième hypothèse, celle où je me suis réservé de ratifier : avant la ratification rien n'est fait ;

après, le contrat est conclu ; les obligations n'ont pris naissance que par l'échange des volontés de deux personnes éloignées l'une de l'autre ; c'est un contrat entre absents. Ainsi tandis que le mandataire lie le mandant et n'est pas lié, que le commissionnaire ne lie pas le commettant mais est lié, l'intermédiaire dans le cas qui nous occupe ne lie pas et n'est pas lié. Son rôle se borne à discuter les conditions du marché comme pourrait le faire le maître lui-même ; là s'arrêtent ses pouvoirs, le droit de décision ne lui appartient pas, le préposant se l'est réservé. Cette situation se rencontre particulièrement dans les *contrats conclus par l'intermédiaire de commis-voyageurs* (1), c'est le deuxième aspect de la question que nous étudions.

Ces contrats entre absents, par correspondance ou par commis-voyageurs, à cause des circonstances spéciales dans lesquelles ils prennent naissance, donnent lieu à des difficultés particulières.

Entre présents, les parties discutant face à face, rien de plus facile que de dire où le contrat est formé, quand il s'est formé, et les parties à l'aide de témoignages ou d'écrits assureront aisément la preuve de leurs droits. Ces questions deviennent délicates et l'on en voit surgir de nouvelles si l'on contracte à distance ; l'intervention du tiers peut ne pas se produire avec toute la régularité désirable et il y a alors tout un conflit d'intérêts à régler : la lettre prend une fausse direction et arrive en retard, la dépêche mal transcrite dénature l'expression de la volonté,

(1) Nous verrons que le commis-voyageur a quelquefois les pouvoirs suffisants pour traiter définitivement une affaire, mais nous verrons aussi que dans ce cas il n'y a pas contrat entre absents.

le commis ne tient pas compte des instructions qu'il a reçues, des conséquences dommageables vont s'ensuivre et la question est de savoir qui doit les supporter?

Sur le terrain de la preuve, les parties n'étant pas en présence, il sera souvent difficile d'observer les formalités imposées par la loi, notamment l'article 1325 C. civ. qui exige dans les contrats synallagmatiques la formalité du double original. Est-ce à dire que la preuve est impossible? On l'a soutenu en ce qui concerne le contrat par correspondance et l'on en a conclu qu'un tel mode de contracter ne devait pas être permis (1); il faut, disent une série d'arrêts du Parlement de Paris dont le plus ancien remonte au 30 août 1736, qu'un acte sous signature privée soit rédigé en double original : c'est une condition essentielle de la validité des conventions, or cette condition ne peut se trouver réalisée dans la correspondance. Mais cette opinion, absolument contraire aux intérêts de la pratique, a été abandonnée par ceux-là mêmes qui en avaient été les promoteurs (2). L'article invoqué laisse en dehors de ses dispositions la formation du contrat; il est uniquement relatif à la preuve. A ce point de vue, que faut-il penser des missives? Pour les uns, la lettre est un aveu extrajudiciaire (3), pour les autres (4), la preuve des contrats synallagmatiques, même conclus par correspondance, n'est admissible qu'autant que la formalité du double écrit a été remplie. Et le télégramme, quelle est sa force probante? A-t-il la valeur d'une lettre ou simplement d'un

(1) *Toullier*, Droit civil, 1re édition, t. VIII, nº 325.
(2) *Toullier*, Op. et loc. cit., 2e édition.
(3) *Valery*, Op. cit., nº 271.
(4) *Laurent*, Principes de Droit civil, t. XIX, nº 224.

écrit ? Ce sont autant de questions qu'il faudrait examiner pour épuiser complètement la matière des contrats entre absents.

Nous préférons les laisser de côté et concentrer notre attention sur la FORMATION DU CONTRAT, c'est-à-dire sur le point de savoir *à quel moment* et *en quel lieu* le contrat acquiert sa perfection : une grave controverse s'est élevée à ce point de vue, controverse d'autant plus vive qu'on attachait plus d'importance à la solution du problème.

Le moment de la formation présente en effet, dit-on, une importance capitale, parce qu'il détermine à quel moment la convention est passée de l'état de simple projet à celui de contrat indissoluble, à quel moment le contrat produit ses effets. Or, si entre présents des formalités extérieures telles que des libations, des poignées de mains échangées, etc., démontrent suffisamment l'accord intervenu, il n'en est pas de même entre absents.

Lorsqu'une personne reçoit une offre et qu'elle l'accepte par lettre, la situation des parties oblige forcément à distinguer le moment où la volonté est manifestée et le moment où l'autre partie la connaît : *la question est de savoir si le contrat existe dès le moment de l'acceptation ou seulement quand elle arrive à la connaissance de l'offrant.* — En ce qui concerne la seconde manière de contracter entre absents, la difficulté est d'un autre ordre : le commis-voyageur représente, nous le savons, la maison de commerce qui l'emploie tantôt pour terminer lui-même les marchés, tantôt seulement pour en discuter les conditions et ne traiter que sous réserve de l'approbation de son patron ; quand sera-t-on dans la première hypothèse et quand dans la seconde, c'est *une question de pouvoirs* à laquelle s'en ajoute une autre : la ratification,

dans les cas où elle est nécessaire, forme-t-elle le contrat ex nunc ou ex tunc, c'est-à-dire le *contrat date-t-il de la ratification ou des pourparlers entre le commis et le tiers* par suite d'un effet rétroactif attribué à la ratification. Sur tous ces points nos codes ont gardé le silence ; l'article 1101 du Code civil exige le consentement de la partie qui s'oblige, pour qu'une convention soit parfaite, mais « il ne dit pas à quelles conditions le consentement est parfait. C'est donc à la science qu'il appartient de déterminer ces conditions ; c'est à la métaphysique du droit qu'il appartient de résoudre la question (1). »

La science, jusqu'à ce jour, est demeurée impuissante et l'on se trouve en présence d'une foule de systèmes qui ont divisé les magistrats et les auteurs.

La question de formation se pose-t-elle à propos du contrat par correspondance, les uns le tiennent pour conclu à la manifestation de l'acceptation, d'autres exigent que cette dernière arrive à la connaissance de l'offrant ; d'autres, sans aller aussi loin, veulent que la lettre d'acceptation ait été remise au proposant ; d'autres, enfin, se contentent qu'elle ait été mise à la poste. L'embarras est grand pour choisir, surtout si l'on constate qu'il y a un peu de vrai dans cette prétention de chaque système qu'il a pour lui l'équité, les textes et l'intérêt général.

Tout cela ne viendrait-il pas d'une erreur au point de départ ? On considère généralement le concours des volontés nécessaires au contrat comme la résultante des deux déclarations individuelles qu'il absorbe ; l'offre et l'acceptation, dit-on, se pénètrent l'une l'autre et forment le consentement : celui-ci est le seul dont il faille désormais

(1) *Wurth*, Dissertation (*Belgique judiciaire*, 1862, p. 1409).

s'occuper, il a une existence indépendante et des propriétés particulières, c'est lui qui crée les deux obligations ; tout le problème revient donc à savoir à quel moment se place le concours des volontés.

La difficulté de s'entendre aurait dû, semble-t-il, suffire à démontrer qu'on n'envisageait pas la question sous *son véritable point de vue* ; le concours est le résultat, non pas de la fusion des volontés, mais de leur rencontre, ce qui n'est pas la même chose : chacune conserve son individualité propre et il est chimérique de prétendre en faire abstraction.

L'offre et l'acceptation constituent, dans l'hypothèse qui nous occupe, *deux déclarations de volonté* qui partent d'un lieu pour arriver dans un autre, chacune d'elle est émise par l'une des parties et reçue par l'autre ; il s'agit de déterminer l'importance respective de ces deux faits, *émission*, *réception*, et non pas de savoir lequel l'emportera sur l'autre.

A ce point de vue, il nous paraît difficile de contester que l'auteur d'une déclaration ait le droit de la reprendre tant que celui à qui elle s'adresse n'en a pas pris connaissance ; celui-ci n'en supporte aucun préjudice et l'équité souffrirait à ce qu'une personne soit liée envers une autre par une déclaration que celle-ci ne connaît pas ; est-ce à dire par là que le fait de l'émission n'ait aucune portée juridique? Loin de nous cette pensée ! L'auteur d'une déclaration peut la reprendre, mais nous verrons que la rétractation, pour être efficace, doit arriver au destinataire avant ou au plus tard en même temps que la volonté qu'elle fait tomber ; une révocation manifestée en temps utile serait non avenue si elle ne parvenait à son adresse qu'après la déclaration reçue : c'est donc, comme

nous le montrerons, que toute déclaration lie d'avance son auteur en ce sens qu'elle est efficace à sa réception, indépendamment de toute révocation déjà émise et restée ignorée.

Ces principes sont vrais aussi bien pour l'offre que pour l'acceptation, mais en ce qui concerne cette dernière, une question spéciale se pose : c'est qu'en effet, au moment où elle se manifeste, l'offre existe déjà, et il s'agit de savoir à quel moment l'acceptation liera l'offrant. Si l'on adopte la conception courante d'après laquelle les deux parties doivent être liées au même instant, il semble naturel de conclure après ce que nous venons de dire que l'engagement des deux parties naîtra quand l'offrant recevra l'acceptation ; mais c'est justement là qu'est le vice capital des théories traditionnelles ; on ne voit pas assez que le destinataire de l'offre en acceptant a voulu s'emparer le plus tôt possible de la volonté de l'offrant et que rien ne s'oppose à ce que ce résultat soit atteint dès l'émission de l'acceptation ; c'est à ce moment que l'offrant est lié, s'ensuit-il que l'acceptant le soit aussi, nous ne le pensons pas et il nous faudra montrer qu'il n'y a rien en tout cela que de conforme à l'intention des parties.

La même distinction s'impose dans le contrat par commis-voyageur entre l'engagement du tiers que le commis est venu trouver et l'engagement de la maison représentée par le commis : on admet comme un principe qu'ils sont liés l'un et l'autre au même instant et l'on se demande si c'est quand le commis a traité ou quand le maître a ratifié ; les deux solutions en réalité se valent et doivent être rejetées ; comme nous le montrerons, il est impossible que le tiers puisse revenir sur la volonté qu'il a une fois manifestée, mais il n'est pas vrai non plus de dire

que le maître est lié à dater des pourparlers qui ont eu lieu entre le tiers et le commis ; on fait intervenir pour justifier ce résultat l'idée de rétroactivité, or nous savons que toute rétroactivité est une fiction et par conséquent contraire à la réalité : dans le contrat par commis-voyageur comme dans le contrat par correspondance *les deux parties doivent être liées l'une après l'autre.*

Si nous démontrons le bien fondé de cette idée le moment de la formation du contrat aura perdu son importance; il n'existera plus, du moins en temps que fait générateur d'obligations, nous l'aurons remplacé par deux autres beaucoup plus facile à fixer : l'émission et la réception de l'acceptation.

Mais cela va compliquer singulièrement l'examen de la question posée par l'art. 420 Pr. c., lequel donne compétence en cas de litige au *tribunal du lieu où la promesse a été faite* et la marchandise livrée.

On traduit d'une façon unanime le mot *promesse* par *contrat* et l'on admet que la détermination du lieu du contrat dépend de l'opinion qu'on adopte relativement au moment où il se forme ; le lieu du contrat varie suivant qu'on exige ou non que l'offrant connaisse l'acceptation dans le contrat par correspondance, qu'on donne ou non à la ratification effet rétroactif dans le contrat par commis-voyageur ; en un mot les questions de temps et de lieu, dans l'opinion courante sont solidaires, le contrat se forme dans le lieu où il atteint sa perfection.

Cette conception n'est plus possible pour nous si nous démontrons qu'il y a *deux moments importants* dans la conclusion du contrat, car cela reviendrait à dire qu'il y a deux lieux de formation et par conséquent deux tribunaux compétents, celui de l'arrondissement où l'accepta-

tion est émise et celui du lieu où elle est adressée : nous serons donc sur ce point encore obligés de nous séparer des théories traditionnelles, nous distinguerons le moment et le lieu de formation du contrat.

Pourquoi d'ailleurs les confondre et pourquoi surtout vouloir localiser le contrat dans l'espace? Comme on l'a si bien dit : « La pollicitation part d'un point pour aller se manifester dans un autre. Il en est de même de l'acceptation. Pourquoi le lieu du contrat serait-il plutôt le lieu de l'acceptation que celui de la pollicitation ou réciproquement? En matière de contrat par correspondance *il n'y a donc pas, à proprement parler, de lieu du contrat* (1) ». Le législateur l'a si bien compris qu'il ne parle que du lieu où la promesse a été faite (art. 420 Pr. c.).

Que faut-il entendre par là, c'est ce que nous aurons à rechercher. Nous nous demanderons si la promesse n'est pas tout simplement une des deux déclarations de volonté et laquelle constitue la promesse de l'offre ou de l'acceptation : à ce point de vue indiquons d'ores et déjà que l'art. 420 nous paraît faire allusion à la déclaration de l'offrant, en sorte que le lieu dont il parle serait le lieu où elle acquiert sa perfection, *le lieu où l'offre a été adressée*.

Nous aurons ainsi résolu le problème d'une manière satisfaisante : nous aurons fait disparaître la notion vague et flottante de lieu du contrat, comme nous aurons enlevé toute son importance au moment de la formation. C'est dans ce double but que nous entreprenons notre étude : elle sera divisée en deux parties, dans la première nous

(1) *Ferron*, Competence ratione personæ des Trib. de comm. (*Revue critique*, 1901, p. 403).

exposerons l'état actuel de la question et les inconvénients pratiques des théories adoptées ; dans la seconde, nous chercherons la solution du problème et pour cela nous distinguerons la question de temps et celle de lieu.

# PREMIÈRE PARTIE

## POSITION DU PROBLÈME

## CHAPITRE PREMIER

### INTÉRÊTS PRATIQUES DU PROBLÈME

La conclusion du contrat entre absents est un fait complexe qui demande toujours un temps plus ou moins long : dans l'intervalle qui sépare le moment où les pourparlers commencent de celui où ils finissent, une foule d'événements peuvent naître dont il s'agit d'apprécier les effets. A cet égard les théories classiques établissent une distinction radicale suivant que le contrat est ou non déjà conclu quand l'événement vient à se produire, de là l'*importance* qu'elles attribuent au *moment de la formation*. Nous aurons à nous demander si cette importance est bien réelle ; pour le moment contentons-nous d'exposer rapidement l'opinion courante sauf à la critiquer plus tard.

1° Le moment de la formation est, dit-on tout d'abord, intéressant à connaître parce qu'il établit l'*indépendance du contrat vis-à-vis d'événements dont l'arrivée peut empêcher sa conclusion* mais qui n'ont aucune influence sur un contrat déjà parfait.

On admet en effet généralement que l'offrant peut révoquer sa proposition tant que le contrat n'est pas formé ; le concours des volontés devient impossible par le

changement de volonté du proposant ; il ne se produit que par la persistance de l'offre jusqu'à l'acceptation. Mais pour ce qui est de cette dernière nous savons que le fait unique d'où elle résulte entre présents se dédouble entre absents : l'acceptation est manifestée à un moment, l'offrant ne la connaît que plus tard ; déterminer quand le contrat est formé, c'est indiquer si l'acceptant peut revenir sur une volonté exprimée mais ignorée de l'autre partie ; c'est dire si l'offrant peut révoquer son offre tant qu'il ne connaît pas l'acceptation.

On peut assimiler à la révocation de volonté la mort ou l'incapacité qui frappe l'une des parties avant la conclusion du contrat ; elles éteignent le consentement qui devient inopérant s'il n'a pas déjà réalisé son but, l'offre et l'acceptation disparaissent, le contrat n'est plus possible. A un autre point de vue, nous savons que toute obligation doit avoir un objet ; en conséquence si pendant les pourparlers d'un contrat l'objet de l'obligation qu'il a pour but d'engendrer vient à périr ou est retiré du commerce, la volonté des parties demeure sans effet, le contrat ne peut pas naître. Il est indispensable, dit-on, en présence de ces événements de savoir si l'accord des volontés s'est déjà produit, et chacune des théories relatives au moment de la formation du contrat fixe une durée différente au temps pendant lequel la survenance de l'un de ses faits peut rendre la formation du contrat impossible.

2° C'est encore pour les auteurs classiques *le moment de la formation qui marque le moment où le contrat produit ses effets.* Ainsi, dans la vente par correspondance, la propriété de la chose vendue passe à l'acheteur dès cet instant ; les risques sont dorénavant à sa charge,

que l'on se place sous la maxime res perit creditori ou sous la maxime res perit domino, parce que les particuliers n'usent, pour ainsi dire jamais, de la faculté que la loi leur laisse de retarder par un terme le transfert de la propriété : il y a donc un intérêt considérable à adopter telle ou telle opinion sur le point de savoir quand on doit considérer la convention comme parfaite.

Il ne faut cependant rien exagérer. A l'égard des tiers, les effets du contrat sont le plus souvent retardés jusqu'à l'accomplissement de certaines formalités, telles que la transcription, l'inscription, la date certaine, l'entrée en possession : le moment de la formation est alors sans importance, ce qui ne veut pas dire que jamais les tiers n'auront intérêt à le connaître. Supposons, en effet, deux personnes qui ont acheté un meuble d'un même vendeur, la mise en possession détermine quel est l'acquéreur définitif, la date des contrats importe peu ; mais si le vendeur a toujours la chose par devers lui, dans le conflit des deux acquéreurs pour entrer en possession, celui qui a traité le premier aura la préférence. Il en serait de même d'après certains auteurs (1) dans le cas où la même chose a été louée à deux personnes dont aucune n'a pris livraison.

Mais c'est surtout entre les parties que la question de formation du contrat présente de l'intérêt : dans les contrats solennels, la difficulté s'élèvera rarement parce que la naissance du contrat exige un ensemble de formalités auxquelles les parties seront représentées si elles n'y figurent pas en personne. Pour les contrats réels la formation du contrat date de l'entrée en possession ; l'accord

(1) *Laurent*, Principes de Droit civil, t. XXV, n° 129.

des volontés n'engendre qu'une obligation de faire à la charge du débiteur et le problème que nous examinons conserve son utilité pour savoir quand existe la promesse de prêt, de gage, de dépôt. Dans les contrats consensuels, la question tire toute son importance de l'article 1138 C. civ. d'après lequel la propriété se trouve transférée dès l'instant du contrat ; le moment de la formation marque donc le transfert de la propriété et des risques à condition, bien entendu, que le contrat ait pour objet un corps certain, sinon le transfert de la propriété et des risques serait renvoyé à plus tard, jusqu'à la spécialisation de l'objet. Toutes les fois, en effet, qu'une opération quelconque est nécessaire pour individualiser la chose vendue, la vente n'est parfaite au point de vue des risques que lorsqu'il aura été procédé à l'opération dont il s'agit. C'est alors seulement que les risques passeront du vendeur à l'acheteur (1).

3° *La date du contrat* permet, dit-on, de déterminer la *loi qui lui est applicable* lorsqu'une *loi nouvelle* vient modifier les règles auxquelles il obéit : les lois nouvelles ne s'appliquent pas aux contrats déjà parfaits au moment de leur mise en vigueur.

Ainsi la transcription a été établie comme une formalité nécessaire pour l'acquisition d'un immeuble par la loi du 23 mars 1855 : elle n'est devenue une condition de validité à l'égard des tiers que pour les ventes postérieures au 1er janvier 1856, jour de la mise en vigueur de la loi ; les achats antérieurs en sont restés dispensés.

De même la loi du 28 mars 1885 a supprimé pour les

(1) *Paris*, 19 juillet 1890. D. P., 92-2-257 ; *Rouen*, 28 janvier 1878. D. P. 79-2-102 ; *Orléans*, 11 août 1880. D. P., 81-2-38.

opérations de Bourse l'exception de jeu établie par l'article 1965 du Code civil. La suppression de cette exception n'a eu d'effet que pour l'avenir ; les contrats passés sous l'empire de l'ancien article 1965 sont restés sans force : chacun des joueurs a le droit de se servir de l'exception.

La loi du 12 janvier 1886 a établi la liberté du taux de l'intérêt en matière commerciale : auparavant, on ne pouvait stipuler plus de 6 0/0 d'intérêt et l'emprunteur avait le droit de faire réduire l'intérêt au taux légal : il est donc très important de savoir si un contrat de prêt à un taux supérieur à 6 0/0 est ou non antérieur à cette loi.

Le moment de la formation du contrat, ajoute-t-on, est quelquefois utile à connaître pour en préciser les éléments : par exemple, lorsque le prix d'une vente ou d'un bail, le salaire d'un employé, le taux d'intérêt d'un prêt n'ont pas été déterminés expressément, mais qu'on s'en est remis par leur fixation au taux moyen pratiqué à cette époque. Dans le même ordre d'idées, c'est à la formation du contrat qu'il faut se placer pour apprécier la valeur d'un immeuble dont on veut faire rescinder la vente pour cause de lésion (1) (art. 1675, C. civ.)

4° *Il est quelquefois nécessaire d'établir lequel de deux actes juridiques est antérieur à l'autre.*

Un créancier veut faire tomber un acte accompli par son débiteur en fraude de ses droits ; il doit établir qu'il était déjà créancier à la naissance de l'acte incriminé, sinon sa demande ne serait pas recevable. Si nous supposons que sa créance résulte d'un contrat entre absents ou qu'il attaque un contrat de cette espèce, la théorie admise sur le moment de la formation, décidera

(1) *Paris*, 26 août 1847. D. P., 48-2-43.

de la recevabilité ou de l'irrecevabilité de l'action révocatoire.

En matière de faillite nous savons qu'on peut distinguer trois périodes au point de vue de la validité des actes passés par le failli : après le jugement déclaratif, nullité radicale ; dans la période suspecte, simple annulabilité ; enfin l'acte est inattaquable s'il est antérieur à l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation des payements et aux dix jours qui l'ont précédée. La question de savoir si le contrat est antérieur ou postérieur au jugement déclaratif, s'il se place ou non dans la période suspecte présente donc un intérêt capital.

5° *On fait encore grand cas du moment de la formation toutes les fois que le contrat sert de point de départ à un délai.* Le débiteur est libéré par l'inaction du créancier pendant un certain temps, qui court du jour du contrat ; le réméré est impossible si l'on a laissé s'écouler plus de cinq ans depuis la vente ; enfin l'action en rescision pour lésion d'une vente d'immeuble se prescrit par deux ans ; dans tous ces cas le délai sera plus ou moins long, suivant la solution adoptée sur le point de savoir quand le contrat est formé.

Remarquons cependant, pour être complet, que souvent le point de départ du délai est reculé à un fait postérieur au contrat : l'acquisition de bonne foi faite « a non domino » abrège le délai normal de la prescription acquisitive mais celle-ci ne commence à courir que de l'entrée en possession ; de même la nullité des conventions se prescrit par dix ans qui commencent en principe à courir du jour où l'acte a été fait, mais l'article 1304 C. civ. apporte de si nombreuses dérogations au principe qu'il ne laisse pour

ainsi dire plus de place à son application et qu'il enlève tout intérêt au moment de la formation du contrat.

6° Enfin *un intérêt pratique considérable à connaître le moment de la formation, c'est,* dit-on, *qu'il détermine le lieu du contrat ;* les deux questions, prétend-on, sont intimement liées car il serait illogique de dire que le contrat se forme ailleurs que là où il atteint sa perfection. A chacun des moments considérés comme solution possible de la question de temps, correspond un lieu qui s'impose comme solution de la question de lieu. Dire que l'acceptation dans le contrat par correspondance n'a pas besoin d'être connue de l'autre partie, c'est dire que le contrat se forme chez l'acceptant et réciproquement, de même que dans le contrat par commis-voyageur, dire que la ratification n'a pas d'effet rétroactif, c'est dire que le contrat se forme chez le ratifiant, et vice-versa, en sorte que l'importance de la question de temps s'augmente dans l'opinion courante de toute l'importance de la question de lieu.

Cette dernière est considérable, du moins si l'on en croit les théories traditionnelles; le lieu où le contrat s'est formé, présenterait un double intérêt de procédure et de droit international privé.

L'article 420 Pr. civ. apporte en effet, en matière commerciale, une dérogation grave aux principes généraux de la compétence : la règle « actor sequitur forum rei » ne s'impose plus au demandeur qui, au lieu d'aller plaider devant le tribunal du défendeur, peut assigner à son choix devant le tribunal du lieu « où la promesse a été faite et la marchandise livrée », c'est-à-dire, dans l'opinion dominante, devant le tribunal du lieu du contrat. L'article 420 Pr. civ. devrait même recevoir son application

en matière civile dans l'hypothèse spéciale ou un français est devenu créancier d'un étranger; l'article 14 C. civ. qui permet d'assigner devant un tribunal français, ne dit pas quel est le tribunal compétent, et beaucoup d'auteurs appliquent par analogie l'article 420 Pr. civ, (1). Si tout cela est vrai, on comprend l'importance qu'il y a à déterminer le lieu de la formation du contrat ; lorsque les deux parties sont en présence et débattent contradictoirement leurs intérêts, pas de difficulté sur ce point; mais entre absents, une distance plus ou moins grande sépare les contractants qui restent le plus souvent chacun chez lui et la solution adoptée, en déclarant le contrat formé dans un lieu ou dans un autre, permettra peut-être au demandeur de porter l'affaire devant le tribunal de son propre domicile.

Si nous supposons maintenant une convention intervenue entre deux personnes de nationalités différentes, le droit international privé se demande par quelle loi seront déterminées les conditions d'existence et de validité de ce contrat, sa forme, ses conséquences, les causes d'extinction des droits qu'il a fait naître.

Supposons une offre de donation adressée par lettre d'un pays ou les libéralités de ce genre sont dispensées de toute formalité particulière à une personne qui se trouve en France et qui l'accepte. La donation sera-t-elle nulle comme contraire à l'article 932, C. civ. ou sortira-t-elle à effet ?

(1) *Despagnet*, Précis de Droit internt. privé, nº 290 ; *Weiss*, Manuel de Droit internat. privé, p. 749 ; *Aix*, 28 février 1889. D. P., 90-2-59 ; *Aix*, 14 décembre 1891 sous Cassation. D. P., 94-1-11.

De même, au cours des pourparlers il se produit certains faits qui d'après la loi de l'une des parties vicient le consentement, et le laissent au contraire intact d'après la loi de l'autre : comment se décider, comment savoir s'il y a eu erreur, violence ou dol, comment en déterminer les conséquences ?

Supposons enfin que le créancier reste longtemps inactif, son droit se prescrit; par combien de temps, à quelles conditions si les lois des deux parties contiennent à ce sujet des dispositions différentes? Tous ces points devront, dit-on, être élucidés d'après la loi du pays où le contrat s'est formé (1) parce que c'est à elle que les parties ont songé en contractant; de là, nouvel intérêt de la question de lieu et par suite, nous le savons, de la question de temps.

Tel est, dans ses grandes lignes, l'objet de la vive controverse qui s'est élevée sur la formation des contrats entre absents ; voyons les diverses théories proposées par les auteurs.

(1) *Laurent*, Droit civil international, t. VIII, nº 447 et s.; *Weiss*. op. cit., p. 632 et s.; *Girault*, Traité des contrats par correspondance, p. 119.

## CHAPITRE II

### CONTRAT PAR CORRESPONDANCE

J'écris le premier janvier à une personne pour accepter l'offre qu'elle m'a faite et je ne mets ma lettre à la poste que le deux : elle arrive le trois à destination, mais mon correspondant absent de chez lui n'en prend connaissance que le quatre : se demander quand le contrat est formé, c'est se demander s'il existe à partir du premier, du deux, du trois ou du quatre. L'intérêt de la question commence le premier et finit le quatre : après cette date, le contrat est de l'avis de tous indissoluble, puisque chaque partie est en possession de « l'arbitre de l'autre » (1) ; avant le premier, le contrat n'est pas formé, puisqu'il n'y a pas d'acceptation ; c'est la manifestation de cette dernière qui donne naissance au problème, nous allons voir comment il a été résolu et pour cela nous supposerons qu'aucune contestation ne s'élève sur l'existence de l'offre et sur son étendue.

Nous supposerons aussi que *la question n'a pas été*

(1) *Kant*. Principes métaphysiques du droit, t. I, ch. II, sect. II, § 18.

*explicitement tranchee*, car, sans cela, la volonté des parties est la loi du contrat. Si, par exemple, le pollicitant a déclaré qu'il tiendrait le contrat jour conclu au moment où la lettre d'acceptation serait expédiée ou bien au moment où elle lui serait remise, aucun doute n'est possible sur l'époque de la formation du contrat. Le doute n'existe que dans les hypothèses où cette mesure de précaution n'a pas été prise par le pollicitant (1). C'est ce que Wolf a exprimé dans les termes suivants : « Si promissor velit ut valeat promissio si acceptetur, ea statim valet quamprimum acceptata fuit, quamvis acceptatio nondum innotuerit pomissori. At si pomissor nolit promissionem valere nisi quando acceptatam intellexerit, non ante valet quam acceptatio ipsi innotuerit (2) »

En dehors de cette hypothèse, c'est-à-dire lorsque les parties ont gardé le silence sur ce point, plusieurs théories ont été proposées pour fixer le moment de la formation du contrat. Un auteur allemand, M. Kœppen (3), a donné un nom à chacune d'elles et il les a classées en tenant compte du fait juridique dont elles font dépendre la conclusion définitive du contrat. Cette classification aboutit au résultat que voici :

I. — *Théorie de l'information* ou de la *recognition* ou de la *rescision* (de rescicere, cognoscere), en allemand

(1) *Valery*, Des contrats par correspondance, n° 130 ; *Pescatore*, Le convenzioni per corrispondenza epistolare (*Archivio giuridico*, 1874-XII, p. 412-17).

(2) *Wolf*, Institutiones juris naturæ et gentium. Pars III, ch. IV, § 715.

(3) *Kœppen*, Der obligatorische Vertrag unter Abwesenden (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen Privatrechts, 1871-XI, p. 139.

*Vernehmungstheorie*, d'après laquelle le contrat ne prend naissance qu'au moment où l'offrant a connaissance de l'acceptation.

II. — *Théorie de la déclaration* ou de *l'agnition* (*Aüsserungthéorie*). Elle se décompose elle-même en trois sous-théories.

a). — *Théorie de la déclaration sensu stricto* d'après laquelle le lien juridique est formé au moment même où l'acceptation est déclarée.

b). — *Théorie de l'expédition* (*Uebermittelungsthéorie*), elle place l'époque de la formation du contrat au moment où l'acceptant s'est dessaisi de l'acceptation, c'est-à-dire lorsqu'il a fait le nécessaire pour que son consentement parvienne au proposant.

c). — *Théorie de la réception* (*Empfangstheorie*), le contrat d'après elle n'existe qu'à l'arrivée de l'acceptation chez l'offrant. Alors même que la lettre resterait longtemps sans être lue par lui, il est lié par le fait matériel de la remise de cette missive à son adresse.

Les partisans de la théorie de l'information (1) exigent

(1) *Toullier*, Droit civil, t. VI, nº 29; *Troplong*, Vente, t. I, nº 25; *Pardessus*, Cours de droit commercial, t. I, nº 250; *Delamarre* et *Le Poitevin*, Traité de droit comm., t. I, nº 99; *Massé*, Droit commercial, t. I, nº 579; *Gauthier la Chapelle*, Études de jurisprudence commerciale, p. 81; *Larombière*, Obligation, t. I, p. 16 et 19; *Robert*, Des contrats par correspondance; *Flandin*, Revue du notariat et de l'enregistrement, t. X. 1869, p. 561; *Baudry-Lacantinerie* et *Saignat*, Vente, nº 31, et s.; *Planiol*, Traité élémentaire de

que le pollicitant ait connaissance de l'acceptation ; en effet, disent-ils, la formation du contrat suppose le concours des volontés et non pas leur coexistence ; or le concours des volontés consiste dans ce fait que chacun sait qu'il est lié, il n'est donc réalisé qu'au moment où l'offrant connaît l'acceptation, et d'ailleurs, ajoutent-ils, quand pourra-t-on dire dans le système contraire qu'il y a acceptation ? les auteurs, qui rejettent la théorie de l'information, ne s'entendent pas à cet égard.

A quoi l'on peut répondre d'une manière générale que sans doute le contrat n'existera pas dès le moment où après la lecture de la lettre d'offre, celle d'acceptation est écrite; il ne faut pas en effet confondre le *point de vue juridique et le point de vue philosophique ;* en droit, la volonté n'existe pas si elle n'est manifestée irrévocablement par un acte extérieur dont la forme variera suivant la volonté des parties, les usages ou la nature du contrat. L'important est d'établir que le contrat est formé lorsque le destinataire de l'offre a, d'une manière irrévocable, manifesté l'intention d'accepter ; le consentement de la partie qui s'oblige s'est à ce moment rencontré avec la volonté du créancier, c'est tout ce que la loi exige, la convention est parfaite dès cet instant, la naissance du lien juridique ne doit être retardée par l'accomplissement d'aucune formalité, voilà ce que disent les partisans de la théorie de la déclaration *stricto sensu* (1). La preuve du

droit civil, t. II, n° 1828. *Wurth*, Dissertation, Belgique judiciaire, 1862, p. 1419 ; *Laurent*, Principes de droit civil, t. XV, n° 479 ; *Namur*, Le code belge revisé, t. I, n° 250; *Vidari*, Corso di diritto commerciale, t. I, § 54.

(1) *Duranton*, t. XVI, n° 45 ; *Marcadé*, Explication du code Napo-

moment de l'acceptation définitive peut résulter des actes les plus divers, pourvu qu'il ne soit pas possible à l'acceptant d'en faire disparaître toute trace. La Cour de cassation a considéré que la précaution prise par le destinataire de la lettre d'offre de la faire enregistrer, manifeste de sa part l'intention d'accepter (1). On peut d'ailleurs déduire le consentement d'autres circonstances « emballage des marchandises, dispositions pour se rembourser du prix, refus de vendre à d'autres, etc., toutes choses dans lesquelles il appartient à la conscience du juge de voir l'intention des parties » (2).

Il ne faudrait pas d'ailleurs exagérer et croire que la manifestation de volonté pour produire effet doit forcément se concrétiser dans un acte : le consentement peut être tacite et résulter du simple silence ; le contrat existe quelquefois par ce fait que le destinataire de l'offre n'y a pas répondu; il est des cas, en effet, où les relations des parties, la nature

léon, t. IV, n° 395 ; *Championnière* et *Rigaud*, Des droits d'enregistrement, t. I, n° 189 ; *Boncenne* et *Bourbeau*, Théorie de la procédure, t. VI, p. 162 ; *Vincens*, Législation commerciale, t. I, p. 163 et II, p. 49 ; *Fœlix*, Traité de droit int. privé, t. I, n° 105 ; *Ripert*, Essai sur la vente commerciale, p. 40 et s.; *Demolombe*, t. XXIV, n° 75 ; *Garsonnet*, Traité de procédure, § CLXXIX, n° 17 ; *Valery*, Des contrats par correspondance, n° 140-43 et 150-56 ; *Baudry-Lacantinerie* et *Barde*, Oblig., t. I, n° 37 ; *Bufnoir*, Propriété et Contrat; *Savigny*, Système de droit romain, t. VIII, § 371, n. b. ; *Molitor*, Les Obligations, t. I, n° 49; *Serafini*, Scritti germanici diss. I, ch. II, *Pigozzi*, Archivio guiridio, t. VI, 1870, p. 34 ; *Cipelli*, Vendita commerciale fra assenti ; *Supino*, Archivio giuridico, t. XIII, 1874, p. 521; *Bolàffio*, Archivio giuridico, t. XXIX, 1882, p. 505.

(1) *Cass.*, 15 avril 1874. — D. P. 75. 1. 356.

(2) *Vincens*, Exposition raisonnée de la législation commerciale, t. II, p. 49.

du contrat proposé obligent celui qui reçoit une offre à y répondre faute de quoi on le considérera comme acceptant et le contrat sera réputé conclu à partir de l'arrivée de l'offre. Nous laissons de côté cette hypothèse pour le moment ; nous n'envisageons que le cas où l'acceptation a été manifestement exprimée et nous nous demandons quand le contrat est formé.

Les partisans des deux opinions en présence invoquent respectivement les principes, les textes, la tradition et l'intérêt général.

*Au nom des principes* d'abord, on déclare qu'il ne faut faire aucune différence entre les contrats inter presentes et les contrats entre absents (1) : entre parties présentes, le contrat n'est formé qu'au moment où l'offrant entend les paroles d'acceptation ; jusqu'à ce moment il peut se dédire, pourquoi en serait-il autrement dans le contrat par correspondance ? La situation dit on en réalité est la même ; l'offre et l'acceptation sont toujours et nécessairement séparées par un intervalle de temps, et le contrat par correspondance ne diffère du contrat entre présents que par un point secondaire, c'est que l'intervalle de temps est plus considérable si les parties sont éloignées que si les parties sont présentes (2) ; à part cela, rien ne change, les principes doivent rester les mêmes : peu importe dès lors que l'acceptation ait été manifestée si la lettre qui la contient n'est pas parvenue à la connaissance de l'auteur de l'offre ! « Qu'est-ce, dit Merlin (3), qu'une lettre missive par

(1) *Baudry-Lacantinerie* et *Saignat*. Vente, nº 35 ; *Laurent*, Principes de droit civil, t. XV, nº 479.

(2) *Wurth*, Dissertation (*Belgique judiciaire*, 1862).

(3) *Merlin*, Répertoire, vº Vente.

laquelle je vous annonce que j'accepte le marché que vous m'avez proposé ? Rien autre chose qu'un procureur muet que je vous envoie pour vous déclarer mon acceptation. Or, c'est une maxime élémentaire que je puis révoquer mon procureur tant qu'il n'a pas rempli son mandat. Je puis donc révoquer la lettre que je vous ai adressée tant qu'elle ne vous est pas parvenue, tant qu'elle ne vous a pas porté les paroles dont je l'avais chargée pour vous. » Tout le monde l'admet, nous le verrons, en ce qui concerne la proposition et pourquoi dès lors si l'offre n'a pas d'effet tant qu'elle n'est pas parvenue à son adresse, l'acceptation aurait-elle effet avant d'être connue de celui qui a fait l'offre.

On pourrait répondre que ces analogies que l'on prétend établir entre les contrats inter presentes et les contrats entre absents d'une part, entre l'offre et l'acceptation d'autre part, sont pour le moins hasardées.

« La différence est au contraire très grande entre l'offre et l'acceptation. On ne pourrait pas comprendre la formation du contrat sans le concours des deux volontés, et par conséquent, si l'offre est retirée avant d'avoir été acceptée, le concours des volontés étant impossible, le contrat ne peut évidemment pas se former.

Mais, au contraire, c'est l'acceptation elle-même qui forme le contrat, par le concours des volontés ; et voilà ce qui la différencie profondément de l'offre.

Ce qu'il faut seulement pour que l'acceptation forme le contrat d'une manière irrévocable, c'est qu'elle soit elle-même irrévocable (1). »

(1) *Demolombe*, t. XXIV, nº 75.

Quant à dire que dans les contrats entre présents l'acceptation doit parvenir à la connaissance du proposant, pour que la convention soit parfaite, cela n'est pas vrai d'une manière absolue et l'on peut citer tel et tel cas dans lesquels la simple manifestation de volonté suffit à lier irrévocablement les contractants : il en serait ainsi par exemple dans l'hypothèse où l'acte étant chez un notaire, les parties le signent successivement ou encore si l'acte est porté au domicile de chacune des parties ; le lien juridique existera à la dernière signature encore que les autres l'ignorent (1) ; la solution serait la même si deux personnes de nationalités différentes employaient un interprète ; l'acceptation déclarée à ce dernier formerait le contrat sans attendre qu'elle soit traduite. L'argumentation n'est donc pas concluante et il faut pénétrer plus avant dans l'analyse du consentement pour voir de quel côté se trouve la vérité juridique.

Le code exige, dit-on, le concours des volontés, or tant qu'elles ne se connaissent pas, les volontés coexistent, on ne peut pas dire qu'elles concourent ; « l'offre est une question qui appelle une réponse, or la réponse n'existe

(1) *Cadrès*, Revue Fœlix 1844, t. XI, p. 268 ; *M. Girault*, (op. cit., p. 79, n° 1) critique cet argument en disant que « dans l'hypothèse sur laquelle on raisonne la théorie du consentement n'est pas en jeu. L'acte passé chez le notaire a simplement pour but de fournir un moyen de preuve de la convention antérieurement arrêtée. Comme le remarque M. Valery (op. cit., p. 153, n° 2) cette critique n'est pas exacte ; dans la très grande majorité des cas les parties ne se considéreront comme définitivement engagées et ne tiendront leur consentement pour irrévocable qu'après avoir apposé leur signature à l'acte. A leurs yeux c'est une formalité nécessaire à la conclusion du contrat.

que lorsqu'elle est connue de celui qui la demande » (1) ; une volonté ignorée est pour celui à qui elle s'adresse comme si elle n'existait pas. « Pierre veut me prêter de l'argent à tel intérêt, il annonce cette volonté à d'autres qu'à moi, il y persévère, il n'est pas lié envers moi, sa volonté reste entièrement libre. De mon côté, au même moment, je veux emprunter de Pierre la même somme au même intérêt ; j'annonce cette volonté à d'autres qu'à Pierre, je ne suis pas lié, ma volonté reste libre. Il n'y a donc pas contrat quoique nos deux volontés aient coexisté et se soient manifestées sur un seul et même objet de droit. » Pourquoi ! Parce que « pour qu'il y ait contrat, il ne suffit pas que deux consentements aient coexisté sur un seul et même point, il faut encore que les deux consentements se soient mutuellement connus, car cette connaissance des volontés est un élément indispensable du duorum in idem placitum (2). » « L'exemple, a t-on répondu, n'est pas topique... il suppose deux individus ayant l'intention de contracter l'un avec l'autre, mais faisant part de leurs intentions à des tiers réciproquement sans se l'exprimer. C'est déplacer la question ; ces individus ne pourront, en effet, jamais contracter une obligation ; pourquoi, parce qu'il n'y aura jamais eu entre eux, quant à leurs personnes, conformité de l'offre et de l'acceptation. Mais si ces individus, au lieu d'entretenir des tiers de leurs projets, se parlaient ou s'écrivaient, ils pourraient contracter (3). » L'offre et l'acceptation, en effet, suffisent

(1) *Planiol,* Traité élémentaire de droit civil, t. II, n° 1028.

(2) *Wurth,* Dissertation. Belgique judiciaire, 1862.

(3) *Rousseau,* Traité théorique et pratique de la correspondance par lettres missives et télégrammes, n° 84.

à former le contrat ; or, l'acceptation existe dès qu'elle est manifestée, on ne voit pas pourquoi la naissance de l'obligation serait reportée à une date ultérieure. Est-il possible, ajoutent les partisans de la théorie de la déclaration, de distinguer le concours et la coexistence des volontés : l'offre arrivée au destinataire a une existence propre ; elle attend l'acceptation qui ne peut apparaître sans se trouver immédiatement devant la volonté de l'offrant et concourir avec elle (1). Qu'importe que celui-ci ne la connaisse pas encore ; l'information de l'acceptation survenue n'est pas un élément essentiel du consentement ; ce qu'il faut et ce qui suffit, c'est la réunion, l'accord à un moment précis de deux volontés, dans un même but juridique. Cet accord est indiscutable dans l'esprit de l'acceptant et il faut bien reconnaître qu'il existe aussi chez l'offrant dès la manifestation de l'acceptation. « En effet, déclare Serafini (2), quand le destinataire accepte ma proposition le consentement existe déjà dans ma volonté, dans ma conscience, ou plutôt il existait déjà dans l'acte même de la proposition. L'acceptation ne fait donc que rendre actuel et réel, ce fait que ma conscience me donnait comme une chose future, désirée. »

La discussion se borne en somme à une affirmation : le concours des volontés implique-t-il connaissance réciproque de la convention intervenue, les uns disent oui, les autres non et dans le domaine purement abstrait, aucune de ces opinions ne se heurte à une contradiction absolue. En est-il de même *au point de vue des textes ?*

(1) *Pigozzi*, Archivio giuridico, 1870-VI, p. 37.
(2) *Serafini*, Scritti germanici ; diss. I, ch. II.

Chacun prétend en tirer argument. Les partisans de la théorie de l'information invoquent l'article 932 C. civ., ainsi conçu : « La donation entre vifs, n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour qu'elle aura été acceptée en termes exprès. L'acceptation pourra être faite du vivant du donateur, par un acte postérieur et authentique, dont il restera minute ; mais alors la donation n'aura d'effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. » Ce texte, disent-ils, applique purement et simplement le principe d'après lequel un contrat n'est formé que lorsque chacune des parties a connaissance des consentements échangés. Si le Code n'a parlé de la nécessité d'informer l'offrant de l'acceptation qu'à propos des donations entre vifs, c'est parce qu'il exige dans ce cas que l'acceptation soit portée à la connaissance de l'offrant dans une forme exceptionnelle. Les adversaires du système en tirent il est vrai la conclusion diamétralement opposée et déclarent que l'article 932 est une dérogation au droit commun, dérogation qui se justifie parfaitement si l'on songe que les donations ont toujours été l'objet de mesures défavorables. On ajoute que c'est à l'égard du donateur seul que la donation n'existe pas avant l'information, mais la nécessité de la notification n'empêche pas le contrat de devenir parfait au moment de l'acceptation, d'où il suit qu'à l'égard de tous autres, c'est à ce moment que la libéralité sortira à effet. Au surplus, assure-t-on, il est téméraire d'invoquer l'article 932 C. civ., qui ne résout pas la question. il se borne à exiger la notification de l'acceptation, c'est-à-dire un acte d'huissier, mais il ne dit pas qu'il est nécessaire de porter l'acceptation à la connaissance de l'of-

frant (1) ; en tout cas la portée de cet article serait complètement détruite par d'autres textes du Code civil où le législateur a marqué ses préférences pour la théorie de la déclaration.

La preuve en est dans l'article 1121 du Code civil, qui, prévoyant le cas où une personne a stipulé au profit d'un tiers, déclare que « celui qui a fait cette stipulation, ne peut plus la révoquer, dès que le tiers a déclaré vouloir en profiter. » L'obligation est donc antérieure à toute notification de l'acceptation de la part du tiers. Cette manière de raisonner a bien son importance si l'on admet comme le font généralement les tribunaux, que le droit du tiers bénéficiaire dans la stipulation pour autrui, résulte d'un contrat passé entre lui et le stipulant, mais il en serait autrement si l'on se range à la théorie de l'acquisition directe d'après laquelle le droit du tiers naît directement de la convention passée entre le promettant et le stipulant (2).

Il est deux textes en tout cas dont l'importance ne saurait être contestée : ce sont les articles 1984 85 C. civ.

Aux termes de l'article 1984 « le mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire » ; et aux termes de l'article 1985 « l'acceptation peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui (au mandat a été donnée par le mandataire ».

L'acceptation suffit donc pour former le mandat, aucune

(1) *Demolombe*, t. XXIV, nº 75 ; *Demante*, Droit civil, t. IV, nº 71 et 71 bis ; *Valery*, op. cit., nº 160.

(2) *Lambert*, Stipulation pour autrui (thèse, Paris 1893) ; *Saleilles*. Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand, nº 247.

autre condition n'est nécessaire ; si cela est vrai dans ce cas particulier, pourquoi n'en serait-il pas ainsi dans les autres contrats ; rien ne justifie la différence. Cela est tellement vrai que la très grande majorité des auteurs qui adoptent la théorie de l'information reconnaissent que si l'offre est agréée tacitement, le contrat est formé à dater de l'acceptation quoique l'offrant ne sache pas encore qu'elle existe.

Jean, qui habite Paris, écrit à Michel, négociant à Montpellier, de lui vendre telle quantité de vin à tel prix. Michel ne répond pas à cette lettre ; mais il expédie immédiatement à Jean le vin demandé. Le contrat est formé, car le concours des volontés des deux parties existe et toutes les conditions nécessaires pour la perfection de la vente sont réunies (C. civ., 1583). De même « si j'expédie de mon propre mouvement à un ami un livre pour qu'il le lise, et s'il le reçoit avec cette intention il n'est pas douteux que le contrat de commodat existe. De même encore, si j'envoie un objet précieux à un de mes créanciers comme garantie d'une dette déterminée, et qu'il l'accepte à ce titre, il est évident qu'il y a sur-le-champ un contrat de gage, bien que j'ignore l'acceptation. Cela est également vrai du dépôt et du prêt de consommation (1) ». Mais n'est-ce pas alors la théorie de la déclaration qu'on admet en l'espèce et pourquoi se montrer plus exigeant vis-à-vis de l'acceptation expresse, alors surtout que ces exigences ont été de tous temps condamnées.

On se reporte alors vers le *Droit romain* et l'*Ancien Droit*, où chaque auteur croit voir son opinion consacrée ; il serait téméraire de chercher à cette époque la solution

(1) *Serafini*, Scritti germanici, diss. II, ch. I.

d'une question qui n'a pris de l'importance qu'avec le développement du commerce et des moyens de communication, cependant on invoque en notre matière l'autorité de Pothier, Ulpien lui-même n'y serait pas étranger.

En ce qui concerne Pothier, la situation est curieuse; partisans de l'information et de la déclaration veulent le compter dans leurs rangs. Voici comment il s'exprime : « pour que le consentement intervienne en ce cas, il faut que la volonté de la partie qui a écrit à l'autre pour lui proposer le marché, ait persévéré jusqu'au temps auquel sa lettre sera parvenue à l'autre partie, et auquel l'autre partie aura déclaré qu'elle acceptait le marché (1). » Les partisans de la théorie de la déclaration triomphent (2), mais M. Bugnet, dans ses notes sur Pothier, met en marge de ce passage « il serait bon d'ajouter : et que cette acceptation sera notifiée à l'autre partie », et voilà Pothier au nombre des partisans de la théorie de l'information (3).

Il s'y trouve, dit-on, en compagnie d'Ulpien, d'après lequel « stipulatio non potest confici nisi utroque loquente : et ideo neque mutus, neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt quia exaudire invicem debent (4) ». Ces derniers mots ont paru formels ; Merlin a repris l'exemple : « si m'adressant à un sourd qui m'a fait une offre, je lui réponds oui ; il me dit qu'il n'a pas entendu, j'écris non; il est évident que le contrat n'est

(1) *Pothier,* Vente, nº 32.

(2) *Guillouard,* Vente, t. I, nº 16 ; *Valery,* op. cit., nº 134.

(3) *Flandin.* Revue du notariat et de l'enregist. 1869 p. 565 ; *Baudry-Lacantinerie* et *Saignat,* Vente, nº 36.

(4) L. 1 p., D. de verb. oblig., XLV, 1.

pas formé ». Mais le jurisconsulte romain visait-il bien notre hypothèse, ou ne se bornait-il pas plutôt à l'étude de la stipulation, échange de paroles solennelles, où le consentement doit s'exprimer « præsentia linguaque contrahentium » de sorte que tout obstacle à l'accomplissement des formalités légales, mutisme ou surdité, empêche la formation du contrat.

Quoi qu'il en soit, il est inutile de remonter si loin pour éclairer notre sujet : les auteurs anciens (1) ont bien pu entrevoir la question du contrat par lettres; mais c'était de leur temps une opération peu fréquente : aussi ne faut-il pas s'étonner du caractère théorique de leurs discussions ; ce point de vue de nos jours doit être relégué au second plan en présence du développement extraordinaire des contrats entre absents.

Rien d'étonnant donc à ce que la discussion ait été portée par les auteurs modernes *dans le domaine de la pratique*. Ici encore nous allons voir les deux théories s'adresser mutuellement les mêmes reproches.

La théorie de l'information entraîne, dit-on, cette conséquence qu'elle met l'acceptant à la merci du pollicitant. Jamais l'acceptant ne saura à quoi s'en tenir sur la conclusion du contrat : l'offrant peut être malade ou absent quand l'acceptation arrive chez lui ; il peut refuser d'en prendre connaissance et le contrat ne se formera pas, cela par la faute de l'offrant, la partie n'est pas égale. A

(1) Partisans de l'information ; *Grotius*, De jure belli accacisp. II, ch. xi, § 15 ; *Hertius*, De collisione legum, §§ 16 et s. Partisans de la déclaration ; *Cujas*, Observationes, XIII, ch. xxxi, B.; *Lauterbach*, Dissertatio de nuntio, ch. vii, § 25 ; *Casaregis*, Disc. XXXVIII, nº 51 et 52 ; *Roque*, Jurisprudence consulaire, t. I, p. 22.

quoi l'on répond que c'est la théorie de la déclaration qui viole le principe d'égalité : le pollicitant sera pendant un intervalle plus ou moins long dans une situation embarrassante, car il ne saura pas s'il est lié envers celui à qui il a fait la proposition. En réalité, l'égalité absolue n'est pas possible.

A un point de vue plus général, on reproche à la théorie de l'information de rendre irréalisables les contrats par correspondance.

S'il fallait attendre, dit Marcadé (1), que le proposant connût la volonté de l'acceptant, il faudrait exiger aussi, pour être conséquent, que cet acceptant sût à son tour que sa volonté est arrivée à la connaissance du proposant avant que celui ci eût révoqué la sienne ; car jusque-là, cet acceptant pourrait dire, d'après le même principe, qu'il ne savait pas si le contrat était ou non formé et qu'on ne peut pas se trouver lié par un contrat à son insu. Où s'arrêterait-on dans cette nécessité pour chaque partie de connaître la pensée actuelle de l'autre ?

Sans doute on peut répondre que l'acceptant n'a pas besoin de savoir que son acceptation est arrivée à l'offrant « parce que cette connaissance n'ajouterait rien aux

(1) *Marcadé*, Explication du code Napoléon, t. IV, nº 395. La même réfutation du système de l'information se trouve contenue dans les considérants d'un arrêt de la cour du Banc du Roi d'Angleterre rapporté par Carey dans le T. XI, 1844, p 790 de la revue Fœlix. En voici les principaux passages : « Si l'argument proposé en faveur de Lindsell était fondé, aucune convention ne pourrait être conclue par correspondance ; car si Lindsell et Cie ne se trouvaient pas engagés par leur offre jusqu'au moment de la réception de la réponse faite par Adams et Cie, alors ces derniers ne devraient pas être engagés avant d'avoir reçu la lettre de Lindsell et Cie, qui leur annonce l'acceptation

consentements qu'il a donnés ou reçus » (1) ; mais il est certain que la théorie de l'information entraîne des lenteurs contraires aux intérêts de la pratique en reculant arbitrairement la naissance du contrat. On répond, il est vrai, que les besoins du commerce exigent que l'acceptant puisse se rétracter tant que sa réponse n'est pas parvenue à son adresse, d'autant plus qu'il n'en résulte aucun préjudice pour l'offrant qui ignore l'acceptation.

Comme on le voit, que l'on se place au point de vue des principes, des textes ou de l'intérêt général, les griefs sont réciproques et se correspondent exactement : chacun se borne à rejeter l'argument de l'adversaire.

Il est cependant une question sur laquelle les partisans de la théorie de la déclaration comme ceux de la théorie de l'information sont à peu près d'accord pour reconnaître que leurs théories prêtent le flanc à la critique : c'est la *question de la preuve*. Que le contrat se forme par la manifestation de l'acceptation ou par la connaissance qu'en a l'offrant, il est certain qu'on se trouve en présence de deux faits difficiles à établir par la partie qui voudra prouver la formation du contrat ; c'est une charge contre laquelle échoueront le plus souvent tous ses efforts et contre laquelle elle n'a aucun moyen de se prémunir.

C'est pour obvier à cet inconvénient qu'on a proposé d'adopter comme moment de la formation du contrat, le

de l'offre, et cela irait jusqu'à l'infini... Lindsell et Cie doivent être considérés en droit comme faisant, durant tout le temps que leur lettre était en route la même offre à Adams et Cie ; et alors le contrat se trouve conclu par l'acceptation qui en est faite de la part de ces derniers. »

(1) *Massé,* Droit comm., t. III, nº 1453.

moment où l'acceptation est expédiée, ou celui où elle est reçue ; la *théorie de l'expédition* (1) et la *théorie de la réception* (2) ne sont que deux variantes du système de la déclaration : on tient pour certain que le contrat se forme au moment de l'acceptation, indépendamment de toute connaissance de la part de l'offrant et l'on cherche simplement à déterminer le fait qui vaudra manifestation irrévocable de volonté. Pour les uns, c'est le dépôt à la poste de la lettre ou du télégramme contenant l'acceptation ; pour les autres, c'est l'arrivée du message entre les mains de l'offrant ; peu importe d'ailleurs que ce dernier en ait ou non pris connaissance. Comme on le voit, ce dernier système se rapproche singulièrement de la théorie de l'information, et l'on peut dire qu'ils se confondent pratiquement en dehors des hypothèses exceptionnelles où l'offrant reçoit l'acceptation sans en prendre immédiatement connaissance.

La différence entre les deux systèmes, émission et ré-

(1) *Duvergier*, Vente, t. I, nº 58 ; *Couetoux*, Achats et Ventes de marchandises, p. 70 ; *Aubry* et *Rau*, t. IV, p. 294-95 ; *Boistel*, Précis de droit com., nº 443 ; *Laurin*, Droit comm., nº 414 ; *Lyon-Caen* et *Renault*, Traité de Dr. com., t. III, nº 27 ; *Hepp*, Correspondance privée, postale ou télégraphique, § 106; *Guillouard*, Vente et échange, t. I, nº 16, avec certains tempéraments ; *Girault*, Des contrats par correspondance, nº 69 ; *Thiry*, Droit civil, nº 568 ; *Serafini*, Il telegraphoin relazione alla giurisprudenza, § 21 ; *Supino*, Archivio giuridico, t. XXII, 1880, p. 49 ; *Carey*, Revue Fœlix, 1844-XI, p. 790 ; *Pollock*, Principles of contract, p. 663.

(2) En France ce système n'a guère été adopté que par *Persil* et *Croissant*, Des commissionnaires, p. 272. Mais en Allemagne il compte un certain nombre d'adhérents. On en trouvera l'énumération dans *Valery*, op. cit., nº 136, in fine.

ception, se justifie par la manière d'envisager le rôle de l'Administration des Postes qui d'après les uns représente le destinataire et l'expéditeur d'après les autres.

Pour les uns, dès que la lettre a été déposée à la Poste, elle devient la propriété du destinataire ; l'acceptant cesse de l'avoir à sa disposition, il ne peut plus la retirer, sa volonté dont elle contient l'expression est irrévocable et la convention a cessé d'être un simple projet.

Pour les autres, la lettre d'acceptation n'appartient au destinataire qu'au moment où elle lui est remise : jusque là l'expéditeur peut la reprendre, donc sa volonté peut tomber et le contrat n'est pas formé.

Nous n'entrerons pas dans les détails, nous bornant à constater que la propriété des lettres en cours de route fait l'objet de très vives controverses (1). Quoi qu'il en soit, l'Administration des Postes, se fondant sur un avis du Conseil d'État du 6 août 1883, autorise le retrait de tous les objets confiés à la poste tant qu'ils n'ont pas été remis à leur destinataire (2).

Cela tranche-t-il la question de formation du contrat? Nous ne le croyons pas ; il faut distinguer dans une lettre l'objet matériel, le papier, l'enveloppe et la volonté qu'elle contient ; de ce que l'un appartient au destinataire ou à l'expéditeur, il ne s'ensuit pas forcément que son contenu lui appartienne, car avec les procédés de communications

(1) *Vanier*, Revue pratique, t. XXI, 1886, p. 82 ; *Kirchenheim*, Revue de Droit int., t. XIV, 1882; p. 616.

(2) Bulletin mensuel des Postes, 1884, nº 191, Instruction nº 319 ; La convention postale universelle conclue à Vienne le 4 juillet 1891 admet dans son art. 9 que l'expéditeur peut retirer un envoi en cours de route. Le décret du 7 février 1894 sur le service télégraphique renferme une disposition analogue en ce qui concerne les télégrammes.

rapides de notre époque, il existe des moyens tels que le télégraphe ou le téléphone, qui permettent d'anéantir la volonté exprimée dans une lettre (1).

Nous n'insisterons pas d'ailleurs sur ce point, car nous rejetons tout à la fois comme précisant le moment de la formation du contrat la théorie de l'émission et celle de la réception : nous ne voyons pas la nécessité de déterminer « a priori » les faits constitutifs d'acceptation, surtout lorsqu'ils sont aussi peu probants que l'envoi ou l'arrivée d'une lettre. Pourquoi déclarer le contrat parfait par cela seul que la lettre est partie ou que le proposant l'a reçue : cette missive, peut exprimer le rejet aussi bien que l'acceptation de la proposition. Enfin quant au but poursuivi, facilité de la preuve, les deux théories le manquent également : comment, en effet, établir le moment précis où la lettre a été mise à la poste, le moment précis où elle a été remise à l'offrant, cela sera le plus souvent impossible, si on ne prend pas la précaution de la faire recommander.

Si l'on descend de la théorie dans la pratique, on constate que les tribunaux n'ont pas voulu trancher d'une façon absolue et définitive une question aussi gravement controversée et si l'on ouvre un recueil d'arrêts, *on trouve*

(1) C'est ce qu'a déclaré la Cour de *Chambéry* dans un arrêt du 8 juin 1877. D. P. 78. 2. 113. « Si l'on peut dire que la lettre mise à la poste devient la propriété du destinataire, ce n'est qu'au point de vue matériel puisque ce dont elle est l'expression peut être annulé avant qu'elle lui parvienne. » — De même la cour d'*Orléans* dans un arrêt du 26 juin 1885. D. P. 86. 2. 135 s'exprime ainsi : « S'il est vrai que la lettre, par l'effet d'une fiction, à partir de sa remise au transporteur soit devenue la chose du destinataire, il n'en est pas de même de son contenu, c'est-à-dire de l'acceptation... »

*en jurisprudence les mêmes hésitations qu'en doctrine*, les décisions contraires se côtoient et toutes les théories sont consacrées.

Les tribunaux, suivant en cela l'unanimité de la doctrine, unissent la question de temps et la question de lieu dans une réponse unique ; à ce point de vue, d'ailleurs, les théories proposées peuvent se grouper deux à deux ; car il est clair que la théorie de la déclaration « stricto sensu » et celle de l'émission d'une part, la théorie de la réception et celle de l'information d'autre part aboutissent au même résultat : compétence du tribunal de l'acceptant pour le premier groupe, compétence du tribunal de l'offrant pour le second.

Ceci posé, que font les tribunaux? Et tout d'abord, la jurisprudence est unanime à déclarer qu'au cas d'acceptation tacite, la juridiction compétente est celle du lieu où l'on accepte en exécutant (1) : ceci ne saurait faire aucun doute.

Le désaccord apparaît lorsque l'acceptation est contenue dans une lettre, certains arrêts donnent compétence au tribunal du lieu d'où l'acceptation a été envoyée ou ce qui revient au même du lieu où la proposition a été définitivement acceptée (2) ; d'autres au contraire déclarent

(1) *Rennes*, 6 février 1873. D. P. 75. 2. 24 ; *Cassation*, 13 mars 1878. D. P. 78. 1. 311.

(2) *Metz*, 5 février 1820. S. chr. VI. 2. 201 ; *Bourges*, 10 janvier 1823. S. chr. VII. 2. 190 ; *Rouen*, 6 janvier 1824. S. chr. VII. 2. 286 ; *Limoges*, 19 janvier 1828. S. chr. IX. 2. 336 ; *Colmar*, 17 février 1840. S. 40. 2. 385 ; *Pau*, 16 juillet 1852. D. P. 54. 2. 205 ; *Lyon*, 1er juin 1857. D. P. 58. 2. 21 ; *Angers*, 20 juin 1860. D. P. 60. 2. 206 ; *Caen*, 15 juin 1871. D. P. 72. 5. 111 ; *Rennes*, 6 février 1873. D. P.

que le demandeur appellera son adversaire devant le tribunal du lieu où est arrivée l'acceptation c'est-à-dire devant le tribunal du lieu où l'offrant l'a connue (1).

La compétence varie donc suivant les cas et à cela rien d'étonnant puisque tout dépend de la solution que le tribunal saisi adoptera sur le point de savoir à quel moment le contrat a acquis sa perfection.

A ce point de vue l'examen des arrêts nous conduit à une constatation curieuse : le plus souvent lorsque la question de lieu est en jeu, les tribunaux déclarent que le contrat est formé par la simple acceptation, indépendamment de toute notification à l'offrant, tandis qu'au contraire la théorie de l'information inspire les décisions judiciaires où la question de temps est seule en jeu. Lorsqu'ils adoptent la théorie de la déclaration, les tribunaux s'en tiennent à une constatation de fait. « Attendu que le

75. 2. 224 ; *Rouen*, 28 février 1874. D. P. 77. 2. 222 ; *Bruxelles*, 24 décembre 1879. Pasicr. 80. 2. 266 ; *Trib. comm. Seine*, 6 mars 1883. Gaz. Pal. 83. 1. 529 ; *Douai*, 15 mars 1886. D. P. 88. 2. 37 ; *Poitiers*, 4 novembre 1886. Gaz. Pal. 86. 2. 907 ; *Rennes*, 17 janvier 1887. Gaz. Pal. 87. 1. 300 ; *Paris*, 30 mars 1889. Gaz. Pal. 89. 1. 825 ; *Poitiers*, 21 janvier 1891. Gaz. Pal. 91. 1. 297 ; *Lyon*, 12 avril 1892. D. P. 93. 2. 324 ; *Limoges*, 2 mars 1894. D. P. 95. 2. 257 ; *Poitiers*, 14 mai 1901. D. P. 1902. 2. 13.

(1) *Caen*, 7 août 1820. S. chr. VI. 2. 303 ; *Paris*, 17 avril 1852. D. P. 52. 5. 381 ; *Paris*, 11 janvier 1854. D. P. 54. 2. 139 ; *Paris*, 6 mars 1885. D. P. 67. 2. 25 ; *Bourges*, 19 janv. 1866. D. P. 66. 2. 64 ; *Bruxelles*, 25 février 1857. D. P. 67. 2. 193 ; *Lyon*, 27 juin 1867. D. P. 67. 2. 194 ; *Aix*, 11 mai 1872. Rec. Marseille, 72. 1. 66 ; *Gand*, 9 avril 1874. Jurisprud. Anvers 75. 2. 80 ; *Lyon*, 29 avril 1875. S. 75. 2. 263 ; *Chambéry*, 8 juin 1877. D. P. 78. 2. 113. *Courtrai*, 19 novembre 1881 et 25 mars 1882. Pasicr. 82. 3. 360 ; *Orléans*, 26 juin 1885. D. P. 86. 2. 135 ; *Amiens*, 26 avril 1887 et

contrat s'est formé à Lyon » (1) (lieu où se trouvait l'acceptant) ; d'autrefois ils se contentent d'énoncer le principe : « Attendu qu'il faut considérer le contrat comme formé du jour où l'acceptation a été manifestée d'une manière qui empêche de revenir sur elle, du moment par conséquent, comme dans l'espèce, où la lettre a été mise à la poste (2). » Ce n'est pas une argumentation juridique, on se borne à une affirmation.

Très différents sont les motifs des arrêts qui consacrent la théorie de l'information ; on y trouve exposés tout au long les arguments invoqués par la doctrine, depuis l'analyse métaphysique du consentement jusqu'à la comparaison de la lettre au messager : « Attendu, dit la Cour de Bruxelles (3), que la réciprocité des consentements suppose que les contractants manifestent leurs volontés de manière que l'un ait connaissance de celle de l'autre et vice-versa... Que le consentement ignoré de celui à qui il est transmis est pour ce dernier comme s'il n'existait pas ; que c'est uniquement par la connaissance mutuelle de leurs volontés que les parties peuvent savoir qu'elles sont liées l'une envers l'autre ; qu'il serait peu juste d'obliger celle-ci alors qu'elle ignorerait si celle là consent... Que les lettres font l'office de la parole entre présents ou de mes-

10 mars 1888, Rec. Amiens, 1888, p. 52 et 58 ; *Rennes*, 10 juillet 1889. Rec. Nantes 1889. 1. 228 ; *Trib. com. Anvers*, 14 avril 1891 Jurisp. Anvers 93. 1. 90 ; *Trib. comm. Marseille*, 20 avril 1899. Jur. Marseille 99. 1. 274 ; *Trib. com. Marseille*, 30 janvier 1900. Jur. Marseille 1900. 1. 141 *Nîmes*, 15 juin, 1901. D. P. 1901. 2. 415 ; *Trib. com. St-Etienne*, 28 janvier 1902. Le Droit 3 et 4 mars 1902.

(1) *Trib. comm. Lyon*, 1er juin 1857. D. P. 58. 2. 21.

(2) *Angers*, 20 juin 1860. D. P. 60. 2. 206.

(3) *Bruxelles*, 25 février 1867. D. 67. 2. 193.

sagers entre absents ; que parole et messager ne produisent leur effet que par l'audition... » Tel est on peut dire le type de toutes les décisions conformes à la théorie de l'information.

Faut il en conclure que cette dernière soit la théorie préférable et préférée, on ne saurait le dire en présence de l'attitude qu'a prise la Cour de Cassation ; depuis longtemps, elle déclare « que le lieu de la promesse est fixé au moment où le contrat est devenu parfait entre les parties, mais que dans les contrats qui se lient par correspondance la question de la fixation de ce moment est une question de fait plus que de droit, en ce sens que la solution de cette question peut varier selon les circonstances particulières de chaque espèce, de telle sorte que les juges du fond sont revêtus sur ce point d'un pouvoir souverain d'appréciation (1). »

« Cette théorie, a-t-on dit, n'est pas satisfaisante : on y considère à tort une question de droit pur comme une question de fait, en confondant deux éléments bien distincts des litiges relatifs à la formation des contrats par correspondance, l'élément matériel et l'élément juridique. Assurément, le juge doit rechercher de qui émanent en réalité la proposition et l'acceptation, à quel moment, dans quel lieu et à quelles conditions ces deux manifestations de volonté se sont produites. Ce sont là de pures questions de fait, rendues souvent très obscures par la durée des pourparlers qui ont précédé la formation du contrat et par les circonstances dans lesquelles ces pourparlers se sont engagés. Il n'est pas douteux que les juges du

(1) *Cass.*, 6 août 1867. D. P. 68. 1. 35 ; *Cass.*, 27 juillet 1876. D. P. 77. 1. 451 ; *Cass.*, 30 mars 1881. D. P. 81. 1. 359.

fond ont seuls qualité pour apprécier cette partie de la cause. Mais, une fois cette tâche remplie, pour fixer le moment de perfection de la convention, ils doivent nécessairement appliquer à la situation, telle qu'ils la comprennent, certaines règles de droit. Les règles qu'ils appliquent sont-elles conformes au texte ou à l'esprit de la loi? Leur application aux faits de la cause est-elle raisonnable et justifiée? ce sont là, non plus des questions de fait, mais des questions de droit sur lesquelles la Cour de Cassation pourrait et devrait se prononcer (1). »

Ces critiques paraissent dès l'abord d'autant mieux fondées, que les arrêts soumis à la Cour de cassation sont souvent motivés en droit. Voici les termes de l'arrêt de la Cour de Bourges (2), qui a provoqué l'arrêt de cassation du 6 août 1867 : « Considérant qu'entre absents, la lettre missive remplace la parole comme expression de la pensée, qu'une lettre écrite, mais non reçue par le destinataire, est, à son égard, comme une pensée non exprimée... ; que pour qu'il y ait contrat, il faut qu'il y ait échange ou de paroles ou de lettres ;... que, dès lors, le contrat ne se noue et ne constitue une obligation parfaite, qu'à l'heure et au lieu où celui qui a fait la promesse, reçoit la lettre d'acquiescement aux offres par lui faites. » C'est bien un point de droit qui était résolu par l'arrêt attaqué, et cependant la Cour suprême refusa de se prononcer : cela est d'autant plus inexplicable, qu'elle n'observe pas la même réserve sur une question voisine, celle de la formation du contrat par commis-voyageur.

(1) *Valery*. Des contrats par correspondance, nº 129.
(2) *Bourges*, 19 janvier 1866. D. P. 66 2. 64.

## CHAPITRE III

### CONTRAT PAR COMMIS-VOYAGEUR

Le commis-voyageur, chacun le sait, est le représentant d'une maison de commerce qui l'emploie pour vendre ses marchandises ou en acheter, pour recevoir des commandes ou en donner : il a quelquefois des pouvoirs assez larges pour traiter définitivement, quelquefois aussi, il se borne à discuter les conditions du marché que son maître devra ratifier s'il veut que le contrat prenne naissance, mais en somme le commis jouit toujours d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu relativement aux circonstances dans lesquelles l'affaire projetée doit s'accomplir.

On peut, il est vrai, concevoir un rôle plus effacé chez l'intermédiaire employé par les parties : les négociants, les officiers ministériels chargent à tout instant un de leurs commis ou de leurs clercs d'annoncer telle ou telle chose à une personne déterminée : on dit alors que ce clerc ou ce commis sont des messagers et que leur message peut être écrit ou oral.

Sans doute l'emploi des messagers de nos jours a beaucoup perdu de son importance : nous sommes loin en effet du temps où le procédé le plus sûr et le plus rapide pour

communiquer sa pensée à distance était de dépêcher un esclave, mais on trouve encore aujourd'hui, surtout entre habitants d'une même ville, l'usage d'un tel procédé de communication, et l'on voit fréquemment le destinataire d'une offre charger une personne de notifier son acceptation à l'offrant.

Comment caractériser juridiquement le *rôle du messager?* On a prétendu qu'il accomplissait un mandat parce qu' « il jouit d'un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu relativement aux circonstances et il commet une faute si venant, à savoir que cette affaire est de nature à entraîner des résultats dommageables pour son mandant, il n'en donne aucun avis à ce dernier et poursuit l'exécution de son mandat sans demander de nouvelles instructions » (1). Cette opinion n'est pas exacte ; Pothier (2) définit le mandat « un contrat par lequel l'un des contractants confie la gestion d'une ou plusieurs affaires, pour la faire à sa place et à ses risques, à l'autre contractant qui s'en charge gratuitement et s'oblige à lui en rendre compte ». Cela ne concorde guère avec le rôle joué par le messager ; celui-ci ne peut rien faire par lui-même ; il doit simplement annoncer les choses qui lui

(1) *Delamarre et Le Poitevin.* Droit commercial, t. I, nº 98 ; *de Savigny.* Obligations, t. I, § 57 ; *Regelsberger*, die Auslegung der Handelsgeschäfte, p. 397 (Endemann's Handbuch, II) dit de même que « le messager peut jouir d'une certaine latitude pour accorder ou refuser, dire oui ou non, 10 ou 15 sans sortir de la sphère de son rôle, pourvu qu'il présente au destinataire le résultat de sa décision comme la décision du maître lui-même. »

(2) *Pothier*, Mandat, nº 1 ; Définition presque identique dans *Domat* (Lois civiles, liv. I, t. XV, sect. I, nº 1) et dans le Code civil (art. 1984).

ont été confiées : il n'achète pas, il ne vend pas, il annonce que celui qui l'envoie vend et achète ; c'est un simple instrument de communication, sa mission se borne là, juridiquement il ne fait rien, il ne peut rien. On peut lui appliquer ce que Cujas dit de la lettre missive ou plutôt des modes de correspondre en général : epistola non contrahit, sed nuntiat dominum contrahere (1) ». Comme dans le contrat par lettres nous pouvons donc distinguer lorsqu'une convention est passée par l'intermédiaire d'un messager le moment où la volonté est manifestée et le moment où elle arrive à l'autre partie : le contrat se forme-t-il quand le message oral ou écrit est confié au messager ou seulement quand celui-ci le communique à son destinataire ? La question est la même que dans le contrat par correspondance et doit être résolue de la même façon (2). Un sieur Maréchal, voyageur de la maison Bouton, de Périgueux, se présentait le 24 février 1899 à un nommé Puech, boucher à Toulouse et lui faisait consentir un traité au terme duquel Puech devenait acquéreur de 1200 boîtes de produit connu sous le nom de repas des sports. Ce dernier remettait en conséquence à Maréchal une lettre qu'il devait faire parvenir au sieur Bouton, son patron, et qui contenait les engagements pris par lui, Puech. Le lendemain, revenant sur sa détermination, le

(1) *Cujas* sur la L. 9. C. Si quis vel alteri emerit IV, 50 ; *Bartole* le compare à une pie ou à un porte-voix ad L. 14, § 3, D., de pac. const. XIII ; t. II, p. 85, col. 2.

(2) *Sic.* de *Savigny*. Obligations, t. I, § 57 ; *Serafini*. Il telegrafo... § 12 ; *Vincens*, Dr. comm. t. II, p. 48 ; *Larombière*, Obligations, t. I, p. 18 ; *Massé*, Dr. comm., nº 1451 ; *Marghieri*, Diritto commerciale italiano. § 52 ; *Giorgi*, Teoria delle obligazioni, t. II, nos 165, 166.

boucher se met à la recherche de Maréchal et lui demande de lui rendre sa lettre, celui-ci répond qu'il l'a déjà expédiée. Puech adresse immédiatement à Bouton un télégramme ainsi conçu : « annulez engagement ; lettre explicative suit » ; cette lettre est arrivée et dénonçait le marché du 24 février. Malgré cela le 29 c'est-à-dire trois jours après, Bouton faisait expédier les boîtes et le 30 seulement avertissait Puech qu'il refusait d'annuler le marché. La Cour de Toulouse, saisie du litige, déclara que le contrat ne s'était pas formé parce que le télégramme avait été remis à Bouton avant la lettre que le commis devait lui faire parvenir et parce « qu'il est de jurisprudence constante que celui qui accepte un marché qui lui est offert peut révoquer le consentement donné à la conclusion de ce marché pourvu que cette révocation parvienne à l'offrant avant ou en même temps que le consentement primitif (1). » La Cour se range donc en l'espèce à la théorie de l'information ; elle a considéré le problème de la même façon que si la lettre d'acceptation avait été mise directement à la poste au lieu d'être confiée au messager.

Remarquons d'ailleurs que c'est la forme sous laquelle se présentait en droit romain la question de formation du contrat entre absents : il serait téméraire, en effet, de chercher à cette époque une administration des Postes ; le service postal établi par Auguste ne servait qu'à l'empereur et à ses fonctionnaires ; les particuliers s'en remettaient aux celeripedes ou aux tabellarii du soin de transmettre leurs volontés ; on chargeait souvent aussi un affranchi de porter le message à destination ; d'autrefois

(1) *Toulouse*, 13 juin 1901. D. P. 1902. 2. 16.

on le remettait à un voyageur, de sorte que ce que nous appelons contrat par correspondance était à Rome le contrat par messager : le nuntius n'étant comme la poste qu'un agent de transmission.

Tout autre est, nous allons le voir, le *rôle du commis-voyageur*, c'est-à-dire de l'individu chargé par un négociant d'aller au loin acheter ou vendre les marchandises qui font l'objet de son commerce.

L'intervention des commis-voyageurs dans les affaires commerciales n'est pas nouvelle, et les anciens, quoique dans un domaine plus restreint, avaient déjà senti la nécessité de mettre en rapport l'offre et la demande par l'intermédiaire d'agents salariés. Il y avait à Rome, à côté des institores chargés de vendre ou d'acheter pour leurs préposants, dans une boutique ou un endroit désignés, des institores dont le mandat pouvait s'exercer sans aucune assignation de lieux (qui sine loco præponuntur) : on sait, par exemple, que des marchands d'étoffes ou de toiles avaient des institores ambulants qui parcouraient les provinces avec des ballots de marchandises à la recherche d'acheteurs (1). Il y avait une grande similitude entre le caractère de ces préposés et celui de notre commis-voyageur ; toutefois, il existait aussi des dissemblances, l'institor romain ressemblait beaucoup à notre colporteur : il voyageait avec la marchandise (cum cista mercium) qu'il allait offrir et débiter. Notre commis-voyageur, lorsqu'il va solliciter la demande n'est en général muni que d'échantillons, de catalogues ou de prix courants : il n'est presque jamais nanti de la marchandise qui est expédiée en cas de vente par le commettant. Au surplus, à

(1) LL. 4 et 18. Dig. Livr. XIV, t. III.

Rome, ces auxiliaires du commerce se recrutaient surtout parmi les esclaves, de là, au point de vue juridique, une différence complète avec le droit moderne.

L'intervention du commis-voyageur suscite en effet aujourd'hui les questions les plus diverses, qu'on envisage les rapports du maître et du commis, de celui-ci et du tiers, ou enfin du tiers et du mandat. C'est à ce dernier point de vue que nous nous plaçons dans l'hypothèse particulière d'un marché conclu par l'intermédiaire du commis.

Une personne charge un commis-voyageur de visiter les négociants d'une région en traitant avec eux sur des bases déterminées, se réservant d'ailleurs le droit de ratifier les engagements par lui passés. Quelle est la *force de cette ratification*, a-t-elle effet rétroactif? Tel est le problème à résoudre. Mais il existe une question pour ainsi dire préjudicielle, celle de savoir si la ratification est toujours nécessaire ; il faut nous demander, en un mot, quels sont les pouvoirs du commis-voyageur, s'il traite définitivement ou sauf approbation. La question est importante parce qu'elle détermine quand le contrat a lieu entre absents ; lorsque le commis est muni de pleins pouvoirs, c'est-à-dire lorsqu'il oblige son préposant en dehors de toute ratification, nous sommes en présence de ce qu'on appelle, en droit civil, la représentation (1) : le patron figure au contrat dans la personne du commis, c'est comme s'il avait traité lui-même, aucune difficulté ne saurait s'élever sur le moment de formation du contrat, c'est

(1) *Duranton*, Cours de droit français, t. XIX, nº 58 ; *Marcadé et Pont*, Mandat, art. 2101, nº 83 ; *Aubry et Rau*, t. II, § 260, note 12 ; *Alauzet*, Commentaire du C. comm., t. II, nº 606.

le moment où celui-ci a traité avec le tiers ; la difficulté n'apparaît qu'au cas où la ratification est nécessaire pour obliger le préposant, il est donc indispensable de se demander tout d'abord quels sont d'une manière générale les pouvoirs du commis-voyageur.

Lorsque ce dernier est porteur d'une procuration indiquant clairement les conditions et l'étendue du mandat qui lui est confié, il est facile de voir s'il en a ou non excédé les limites et si le patron est lié indépendamment de toute ratification de sa part. Il est, en effet, du devoir du commis de se conformer scrupuleusement aux instructions qu'il a reçues de son patron (1) ; un marché conclu définitivement par lui est sans effet s'il avait seulement le mandat de recevoir des commandes et de les transmettre ; il serait d'ailleurs personnellement responsable vis-à-vis des tiers de ce qu'il aurait fait au delà du mandat s'il ne leur avait pas donné connaissance de ses pouvoirs.

Mais que décider dans l'hypothèse bien plus fréquente où *aucune procuration n'a été donnée par écrit ?* Alors se pose la question de savoir quelle est, à l'égard du préposant, la force des engagements pris vis-à-vis des tiers par son préposé. La jurisprudence a été longtemps indécise sur ce point.

Un assez grand nombre d'arrêts (2) ont posé en prin-

(1) *Rivière.* Du commis voyageur et de son préposant, n° 31 ; *Lyon-Caen et Renault.* Traité de droit comm., t. I, n° 842.

(2) *Lyon*, 28 mars 1827. D. P. 27. 2. 181 ; *Montpellier*, 24 décembre 1841. D. P. 42. 2. 150 ; *Bordeaux*, 4 avril 1842. D. P. 42. 2. 150 ; *Bordeaux*, 8 avril 1845. D. P. 49. 2. 36 ; *Trib. com. Bordeaux*, 15 novembre 1853. Mém. Jur. Bordeaux 1853. 1. 333 ; *Poitiers*, 8 juin 1854. D. P. 55. 2. 97 ; *Trib. com. Mars.*, 23 février 1866.

cipe que *le commis-voyageur n'a pas le pouvoir de conclure définitivement les marchés* sans un mandat spécial à cet égard ; on invoque à l'appui de cette opinion, les usages du commerce que l'on prétend constants (1) ; on dit encore qu'il ne serait pas logique d'accorder au commis un pouvoir aussi exorbitant que celui de lier la maison qu'il représente ; le maître ne peut pas surveiller un commis qui opère loin de lui : la ratification des actes passés par lui est son seul moyen de contrôle, sa sauvegarde contre la négligence ou la fraude : il ne serait pas juste de l'en priver. D'autant plus, ajoute-t-on, que le tiers qui invoque contre le maître une obligation assumée en son nom par le commis, invoque un mandat dont il doit prouver l'existence et l'étendue (2) ; normalement le commis se borne à prendre des commandes, des ordres, des propositions d'achats et de ventes qui ne deviennent autant de contrats que par l'acceptation du préposant ; avant la ratification il n'y a pas vente, il y a simple commission de vendre ou d'acheter, il y a un mandat adressé par le tiers au commis, mandat qui ne devient contrat que par la volonté du préposant (3).

Cette manière de voir n'est pas exacte : on assimile le commis-voyageur à un simple messager auquel un commerçant aurait par exemple remis, pour qu'il la porte à

Journ. jur. Mars. 1866. 1. 99 ; *Trib. com. Bordeaux*, 26 mars 1866. Mém. jur. Bordeaux 1866. 1. 145 ; *Trib. com. Bordeaux*, 11 mai 1880. Mém. jur. Bordeaux 1880. 1. 233.

(1) *Montpellier*, 24 décembre 1841 D. P. 42. 2. 150.

(2) *Bordeaux*, 4 avril 1842. D. P. 42. 2. 150 ; *Bordeaux*, 8 avril 1845. D. P. 49. 2. 37.

(3) *Cass.*, 19 déc. 1821 ; *Montpellier*, 29 juillet 1820. D. P. 22. 2. 195 ; *Montpellier*, 26 déc. 1826. D. P. 27. 2. 198.

son adresse, une proposition de vente ou d'achat ; on renverse d'ailleurs les rôles, le commis n'agit plus pour le compte de son maître, il agit pour le compte du tiers dont il fait connaître la volonté au patron. Ainsi, par exemple, il a été décidé (1) « que la souscription à un ouvrage de librairie au moyen d'une signature mise au bas d'un bulletin présenté par le commis sans que celui-ci ait, de son côté, pris aucun engagement, doit être considérée comme une simple proposition n'obligeant celui qui a souscrit que lorsqu'elle a été acceptée par l'éditeur. » Le commis ne serait donc qu'un messager du tiers ! cela est manifestement inadmissible et la théorie doit être repoussée.

Les arguments sur lesquels elle s'appuie ne sont pas en effet sans réplique : à l'intérêt du patron, on peut opposer celui du tiers. Comment ! Voici un négociant qui envoie son commis proposer un marché, et il ne serait pas lié alors que le tiers le serait irrévocablement ! N'est-ce pas une condition léonine en faveur du préposant qui serait libre en cas d'augmentation ou de baisse du prix de la marchandise d'exécuter le marché ou de se refuser à l'exécution. De plus, ajoute-t-on, la rapidité des opérations est une nécessité pour la pratique commerciale et l'on « rendrait la conclusion des opérations commerciales bien difficile et bien longue si l'on exigeait qu'on recourût au patron pour obtenir sa ratification toutes les fois que le commis n'est pas muni d'une procuration expresse » (2), et dans le silence des parties à cet égard il serait contraire à l'intérêt du commerce de retarder la

(1) *Bordeaux*, 13 juin 1853. S. 53. 2. 555.

(2) *Lyon-Caen* et *Renault*. Traité de droit commercial, t. III, nº 424.

conclusion du contrat jusqu'à une ratification implicitement contenue dans la démarche du commis. Il faut donc dire qu'à moins d'une réserve expresse d'approbation ultérieure le commis a les pouvoirs suffisants pour conclure définitivement les marchés et lier tout à la fois le tiers et le préposant (1).

Il a été jugé en ce sens « qu'une maison de commerce qui établit des représentants dans différentes villes ne peut exiger que ses clients se fassent représenter pour chaque affaire le mandat en vertu duquel on traite, mandat qui peut au moyen du télégraphe varier d'instant en instant (2) ; « qu'on peut dès lors sans violer les principes du mandat, décider en se fondant sur les règles et les habitudes du commerce que la qualité non contestée de représentant d'une maison est une garantie suffisante de la capacité du mandataire 3) » ; « que *le commis-voyageur d'un négociant est par ce seul titre revêtu d'un mandat général d'agir pour le compte de ce dernier* et que tout ce qu'il a fait dans le cercle des opérations à lui confiées, engage ce dernier comme s'il eut agi lui-même, sauf cependant son recours contre les actes qui auraient outrepassé ses instructions, mais sans aucun préjudice du droit des tiers qui ont traité avec lui de bonne foi et sans

(1) *Toulouse*, 12 avril 1824. D. A. 3. 394; *Metz*, 4 juin 1825. D. P. 27. 2. 540; *Paris*, 2 janvier 1828. D. P. 28. 2. 1; *Bruxelles*, 22 février 1834. D. Rép. v° Mandat n° 139; *Douai*, 29 août 1844, jurisp. Douai 1844. p. 392; *Trib. com. Marseille*. 20 février 1845, Jur. Marseille 46. 1. 330; *Rouen*. 12 mars 1847. D. P. 49. 2. 36; *Limoges*, 22 janvier 1848. D. P. 49, 2. 36; *Nîmes*, 29 mars 1852. D. P. 52. 2. 188.

(2) *Tr. com. St-Etienne*. 15 sept. 1859. D. P. 60. 1. 493.

(3) *Cass.*, 16 août 1860. D. P. 60. 1. 493.

connaître les restrictions apportées à son mandat général » (1).

C'est l'opinion de plusieurs codes étrangers, du code de commerce allemand en particulier qui déclare « qu'aucune limitation à un mandat commercial ne saurait être opposée à un tiers que s'il en avait eu connaissance ou qu'il eût pu en avoir connaissance » (2).

Ce sont aussi les conclusions auxquelles ont abouti plusieurs auteurs. M. Pardessus avait dit dans ses Éléments de jurisprudence commerciale : « Les facteurs, commis et autres semblables obligent leurs maîtres par le seul fait qu'ils sont préposés ; l'étendue et la durée de cette faculté sont déterminées, lorsque le maître ne s'en est point expliqué ou ne manifeste pas un changement de volonté, soit par le genre de leurs occupations habituelles, soit par ce que leur maître a coutume de confier à leurs semblables, soit par la loi elle-même dans certains cas particuliers. Ainsi le commis-voyageur est présumé autorisé à vendre, à acheter... (3) »

Cette seconde manière d'envisager les pouvoirs du commis-voyageur nous paraît comme la première trop absolue : pourquoi décider en principe qu'il ne liera jamais son patron, et pourquoi en sens inverse décider a priori qu'il l'engagera dans tous les cas. Les opérations commer-

(1) *Paris*, 2 janvier 1828. D. P. 28. 2. 1.

(2) *C. co. allemand*, art. 54 et 55 ; *C. co. hongrois*, art. 43 ; *C. co. italien*, art. 337.

(3) *Pardessus*, op. cit., p. 78 ; Cf. *Vidari*, Corso di diritto commerciale, t. IV, p. 355 ; *Haberstitch*, Manuel du droit fédéral des obligations, t. I, p. 171 ; *Grenier*, Condition juridique des commis des marchands, p. 219-22.

ciales sont susceptibles de varier à l'infini et nous nous rallions, pour notre part, au système suivi par la majorité de la doctrine (1) et d'après lequel l'étendue des pouvoirs du commis-voyageur résulte de l'usage suivi par le préposant ou des faits et circonstances de la cause. Admettre a priori que le commis-voyageur lie ou ne lie pas son patron, c'est établir une présomption : or, il n'y a pas de présomption légale sans loi et les présomptions de l'homme ne s'appliquent qu'à une hypothèse déterminée, *ce qui revient à dire qu'on doit juger suivant les circonstances.* C'est en les appréciant, quand la procuration ne sera pas représentée, que les tribunaux jugeront l'étendue du mandat. Tantôt le commis ne sera qu'un simple intermédiaire chargé de débattre les conditions d'un marché et tantôt, au contraire, il aura le pouvoir de vendre ou d'acheter et les contrats qu'il aura conclus lieront la maison qu'il représente.

Ainsi, par exemple, les habitudes d'une maison prouvent qu'elle est dans l'usage de vendre par l'intermédiaire de ses commis-voyageurs : elle a toujours scrupuleusement exécuté les marchés passés par eux, elle ne pourra pas un beau jour prétendre dans une espèce donnée que son commis a bien pu prendre des commandes, mais non pas l'obliger définitivement (2).

De même, le tribunal de commerce de Lille et la Cour

(1) *Rivière*, Du commis voyageur et de son préposant, n° 95 ; *Laurent*, Principes de dr. civil, t. XXVIII, n° 72 ; *Lyon-Caen et Renault*, Traité de dr. comm., t. I, n° 840 ; *Pardessus*, Dr. comm., 2e édition, t. II, n° 561.

(2) *Angers*, 12 août 1825. D. P. 26. 2. 237 ; Cf. *Trib. com. Erreux*, 16 avril 1846. D. P. 46. 2. 201.

de Douai ont estimé que le commis-voyageur pouvait conclure définitivement un contrat lorsqu'il était porteur de cartes représentant sur une de leurs faces l'adresse de son patron et sur l'autre cette mention : « Note des marchandises vendues à... par Perrier et Tessier, entremise de leur représentant (1). »

En sens inverse, les tribunaux peuvent se baser sur l'usage constant de la localité, sur la correspondance échangée, sur les énonciations des catalogues remis par une maison à son voyageur pour décider que ce dernier en traitant définitivement a excédé ses pouvoirs et que, par suite, le préposant peut se refuser à l'exécution de la convention (2).

En résumé « lorsque la qualité du commis-voyageur comme représentant une maison de commerce sera avouée ou constatée, l'étendue de son mandat et les conséquences de ses actes, si aucune procuration n'est représentée, devront s'apprécier soit d'après l'usage suivi par le préposant, soit d'après les faits et les circonstances. C'est là une question qui rentre dans le pouvoir discrétionnaire des tribunaux (3) », seuls maîtres de décider si une ratification est nécessaire à l'existence du contrat. C'est dans cette hypothèse seulement qu'il y aura contrat entre absents : c'est elle seule que nous voulons étudier, c'est elle que nous désignerons toujours en parlant du contrat par commis-voyageur.

Ceci posé, une première question se présente à l'esprit;

(1) *Douai*, 29 août 1844. D. P. 46. 2. 19.

(2) *Nancy*, 16 janvier 1836. D. Rep. Mandat, n° 140, p. 676 note 1; *Besançon*, 10 janvier 1881. D. P. 81. 2. 85.

(3) *Rivière*, Du commis voyageur et son préposant, n° 95.

*quand la ratification est nécessaire, de quoi résulte-t-elle ?* La ratification, dit-on, peut être expresse ou tacite ; le patron peut d'ailleurs approuver purement et simplement le marché conclu par son commis-voyageur, il peut aussi y introduire des modifications relatives soit à la qualité, soit à la quantité des marchandises vendues, mais on est alors en présence d'une offre nouvelle qui suppose nécessairement le concours de la volonté du tiers contractant.

On s'est demandé si le silence du mandant suffit pour emporter ratification. M. Troplong (1), qui semble d'abord adopter l'affirmative, finit cependant par conclure que « le silence n'est caractéristique qu'autant que celui qui le garde a été touché de quelque acte qui lui imposait la nécessité de s'expliquer. » Il cite l'exemple de Casaregis qui s'exprime dans le même sens « Mandatorem habentem certam scientiam de excessu sui mandati, eique neque facto neque verbis contradicentem, haberi pro approbante, dummodo cum scientia concurrat aliquis actus, ut receptio litterarum et taciturnitas (2). » MM. Delamarre et Le Poitvin donnent aussi comme exemple de ratification tacite le cas où informé « par lettre de ce qui a été fait pour vous, à votre insu, vous ne manifestez pas votre improbation par quelque acte ou écrit (3). »

Il est de jurisprudence constante que lorsqu'un négociant a donné mandat à son commis-voyageur de faire des offres de marchandise qu'il se réservait de ratifier, sa ratification doit intervenir dans un délai normal et doit

(1) *Troplong*, Mandat. nº 612.
(2) *Casaregis*. Disc. XXX, nºs 61 et 62.
(3) *Delamarre et Le Poitvin*, Commission, nº 170.

être considérée comme tacite s'il n'a pas notifié son intention contraire après un certain temps (1).

Bien entendu on ne peut ratifier que ce que l'on sait avoir été fait : la connaissance du fait à ratifier est une condition essentielle pour que la ratification puisse résulter du simple silence; alors seulement, en effet, le commettant est tenu de s'expliquer : on ne saurait admettre qu'il puisse refuser impunément de le faire pendant un temps indéfini et rester ainsi le maître de tenir ou de rompre la convention suivant qu'elle lui serait avantageuse ou défavorable (2).

Après avoir ainsi déterminé quand la ratification est nécessaire pour obliger le préposant et de quoi elle résulte, nous pouvons entrer dans le vif de la question et *nous demander à quel moment le contrat est parfait.* Cela surprend tout d'abord : du moment que la ratification est nécessaire à la perfection du contrat rien n'est fait, semble-t-il, avant qu'elle n'ait été donnée; après, la convention a pris naissance. Mais le problème consiste justement à savoir quel est dans le temps la portée de cette ratification et l'on admet aujourd'hui, pour ainsi dire sans discussion, qu'elle a un effet rétroactif au jour des

(1) *Rouen*, 3 juillet 1846. D. P. 46. 2. 201 ; *Cassation*, 31 août 1852. J. tr. com. II, 440 ; *Alger*, 18 février 1884. D. P. 85. 2. 260 ; *Montpellier*, 3 juillet 1885. S. 86. 2. 104 : Cf. *Laurent*, Principes de droit civil. t. XVIII, nº 72 ; *Rivière*, op. cit., nº 107.

(2) Cf. *art. 85 c. co. allemand :* « Lorsqu'un agent d'affaires commerciales, chargé seulement de servir d'intermédiaire dans les affaires, conclut une affaire au nom de son patron avec un tiers, cette affaire est tenue pour acceptée par le patron si ce dernier, après avoir eu connaissance de sa conclusion, ne déclare pas sans délai au tiers qu'il le désavoue. »

pourparlers entre le commis et le tiers : « ratihabitio œquiparatur mandato », celui qui ratifie est censé avoir donné mandat de faire l'acte approuvé et dans ce cas il eut été lié du jour où le commis a traité. La ratification rétroagit parce que l'expression de ratification employée par l'article 1998 C. civ. conduit à adopter les règles indiquées par l'article 1338 pour la ratification dont parle ce dernier texte (1).

On a nié cet effet rétroactif : en effet, dit-on, lorsque le marché doit être soumis à l'approbation du maître les conditions arrêtées entre le commis-voyageur et le tiers ne sont plus qu'un projet de contrat ; ce n'est qu'au moment de la ratification que le concours des volontés se produit, c'est à ce moment et pas avant que le contrat est formé (2). D'ailleurs, ajoute-t-on (3), d'une manière géné-

(1) *Orillard*, Compétence des trib. comm., n° 609 ; *Boncenne et Bourbeau*, Procédure, t. VI, p. 167 ; *Lyon-Caen* et *Renault*, Traité, t. III, n° 325 ; *Rivière*, Du commis v. et de son préposant, n° 186 ; *Bordeaux*, 22 avril 1828. D. P. 28. 2. 209 ; *Limoges*, 23 fév. 1828. D. P. 28. 2. 118 ; *Cass.*, 31 août 1852. D. P. 52. 1. 225 ; *Nîmes*, 13 mai 1871. D. P. 72. 2. 69 ; *Cass.*, 25 février 1879. D. P 79. 1. 102 ; *Toulouse*, 27 mars 1884. D. P. 85. 2. 52 ; *Alger*, 18 février 1884. D. P. 85. 2. 260 ; *Poitiers*, 19 mai 1890. Gaz. Pal. 90. 1. 813.

(2) *Pardessus*, Droit comm., t. IV, n° 1354 ; *Carré et Chauveau*, Lois de procédure, question 1507 bis ; *Massé*, Droit comm., t. I, n° 582 ; *Ruben de Couderc*, Dict. de dr. comm., v° Compétence, n° 178 ; *Ripert*, Vente commerciale, p. 45 et s.; *Rousseau et Laisney*, v° Compétence des trib. com., n° 194 ; *Montpellier*, 24 décembre 1841. D. P. 42. 2. 150 ; *Bordeaux*, 4 avril 1842. D. P. 42. 2. 150 ; *Bordeaux*, 8 avril 1845. D. P. 49. 2. 36; *Montpellier*, 21 mai 1847. D. P. 47. 2. 128 ; *Dijon*, 21 avril 1865. D. P. 65. 2. 115 ; Com. Nantes, 11 fév. 1880. Rec. Nantes, 80. 1. 88.

(3) *Laurent*, Principes de droit civil, t. XVIII, n° 74 ; Droit civil intern., t. VIII, n° 428.

rale faire rétroagir la ratification c'est consacrer une fiction : « car de fait le mandant n'a pas consenti lors de l'acte qu'il ratifie, il consent seulement à l'instant où il donne sa ratification; or aucune loi n'établit cette fiction et aucun principe ne la justifie, je ne puis pas avoir voulu à un moment où j'ignorais que l'on traitait en mon nom. » N'en est-il pas ainsi à l'égard des tiers. Vis-à-vis d'eux, la ratification ne rétroagit pas, elle ne saurait avoir lieu au préjudice des droits qu'ils ont acquis !

Nous n'insisterons pas sur cet ordre d'idées, car *avant de se demander si la ratification rétroagit, il faut d'abord prouver qu'elle existe* : en réalité, il n'en est rien; dans le contrat par commis-voyageur ce qu'on appelle ratification n'en est pas une.

Le but de la ratification est, en effet, de rendre valables les actes faits par le mandataire au delà de ses pouvoirs. Je donne mandat à une personne de louer ma maison, elle la vend : je ne suis pas lié, à moins que changeant d'avis je n'approuve l'acte passé, c'est ce qu'on appelle ratifier la vente ; avant, rien n'était fait, après, l'acte est parfait. Il en est autrement dans l'hypothèse qui nous occupe : le commis se présente au tiers, nous le supposons, sans exagérer ses pouvoirs ; ils établissent l'un et l'autre d'un commun accord les bases d'une convention pour la soumettre au préposant dont l'obligation ne naîtra, ils le savent, que par la ratification ; le préposant sait aussi, à l'avance, qu'il aura à ratifier puisque c'est sur son ordre que la ratification a été réservée. Enfin, l'effet de cette prétendue ratification n'est certainement pas de rendre valable un acte nul à l'origine : le commis s'est tenu dans les limites de ses pouvoirs, il s'est borné à faire des pourparlers ; ce qu'il a fait, il l'a valablement fait ; le refus de

ratifier ne veut pas dire de la part du maître que le commis a fait plus qu'il ne pouvait, cela veut simplement dire qu'il n'approuve pas les conditions proposées ; en sens inverse la ratification signifie que les conditions du marché sont acceptables, que le patron les accepte et se déclare lié ; il ne l'était pas auparavant parce que le commis ne le pouvait pas et ne l'avait pas voulu, quelque chose de nouveau est donc résulté de la ratification qui n'est pas une approbation pure et simple de l'opération du commis. Il faut donc « distinguer quant à la ratification le cas où elle ajoute quelque chose à l'acte, de celui dans lequel sans être nécessaire à sa validité elle n'a d'autre résultat que d'obliger le ratifiant (1). »

Les tribunaux ont si bien compris le caractère exceptionnel de cette prétendue ratification, qu'ils invoquent dans toutes leurs décisions l'article 1179 C. civ. relatif à la condition suspensive : la *ratification est*, disent-ils, *une condition qui rétroagit au jour de l'engagement* (2).

Cette manière de voir nous semble de tous points critiquable : une obligation conditionnelle est une obligation qui serait pure et simple si l'on faisait abstraction de l'événement qui tient son existence en suspens ; je vous vends ma maison si mon navire arrive d'Asie, enlevez la condition, vous aurez une vente pure et simple que les parties auraient très bien pu faire ; la condition est un événement qui suspend l'existence de l'obligation mais qui ne s'imposait pas aux parties : les contractants, s'ils

(1) *Massé*, Droit commercial, t. III, n° 585.

(2) *Cassation*, 31 août 1852. D. P. 52. 1. 225 ; *Cassation*, 25 février 1879. D. P. 79. 1. 102 ; *Alger*, 18 février 1884. D. P. 85. 2. 260 ; *Toulouse*, 27 mars 1884. D. P. 85. 2. 54.

avaient voulu, auraient pu faire naître immédiatement l'obligation. Ce n'est pas le cas du commis-voyageur qui traite avec un tiers ; il ne saurait, dans notre hypothèse, engager définitivement son commettant qui s'est réservé le droit de ratifier : cette ratification est indispensable à la naissance du lien contractuel, étant donnés les pouvoirs du commis ; le préposant et le tiers sont étrangers l'un à l'autre tant qu'elle n'intervient pas, on ne saurait donc dire qu'elle est une condition, c'est un élément essentiel du contrat.

En réalité, la jurisprudence, en invoquant l'article 1179 C. civ., se laisse impressionner par les idées courantes ; il est évident que pour le vulgaire, le contrat naîtra à condition que le maître ratifie, mais *c'est un langage qui n'a rien de juridique.*

Au surplus, considérer la ratification comme une condition, n'est-ce pas admettre la formation du contrat au mépris de l'article 1174 C. civ., qui déclare que la condition purement potestative annule l'obligation ; le préposant n'est lié que par la ratification, c'est lui-même qui l'a voulu ainsi et la ratification il ne la donnera que s'il le veut bien, il est maître du contrat que rien ne pourra faire sortir à effet sans sa volonté ; il est libre de ratifier ou de ne pas le faire, aucun événement extérieur n'influe sur lui si ce n'est les avantages ou les inconvénients de l'affaire proposée ; la ratification est un acte de volonté arbitraire, si c'est une condition, c'est une condition si voluerim (1).

On a fait à ce raisonnement une objection et l'on a dit que si l'on voyait une condition potestative prohibée dans

(1) *Limoges*, 22 novembre 1848. D. P. 49. 2. 37.

la nécessité d'obtenir la ratification du commettant, il ne pourrait plus être question de promesse unilatérale d'achat ou de vente. Mais on oublie que la promesse unilatérale de vente n'est pas une vente conditionnelle, que le droit de propriété du créancier devenu acquéreur ne remonte pas au jour de la promesse et qu'il ne peut pas faire tomber les aliénations et autres droits réels consentis par le promettant depuis la promesse ; dans cette hypothèse comme dans celle qui nous occupe, on ne saurait parler de condition (1).

Que conclure de tout cela ? Faut-il dire comme le faisait unanimement la jurisprudence avant 1852 et comme le font encore quelques rares décisions judiciaires que *le contrat passé par le commis-voyageur ne devient parfait que par l'acceptation du préposant, laquelle n'a d'effet que pour l'avenir ;* faut-il dire que le commis qui n'a pas le pouvoir de traiter définitivement, se borne à prendre des ordres et des propositions, « que l'agent en vérité voyage dans l'intérêt de son principal, mais qu'il devient le commissionnaire des différentes parties qui font les offres et les demandes comme si elles-mêmes écrivaient au commettant (2). » Qui ne voit la différence entre les deux situations ? Lorsque le patron approuve le marché passé par son commis, ce n'est pas une convention première et directe qui intervient entre lui et le tiers. Le maître qui ratifie accepte la proposition du commis, mais la situation n'est pas la même que si le tiers avait adressé directement son offre par lettre : l'intervention du commis-

(1) *Baudry-Lacantinerie* et *Saignat*, Vente, n° 64 ; *Cassation*, 10 mars 1886. S. 87. 1. 83.

(2) *Fiore*, Droit international privé, n° 249, p. 412.

voyageur n'est pas sans intérêt. « En effet, le commis-voyageur solliciteur de commissions n'est pas un agent intermédiaire entre l'acheteur et le vendeur; qui se borne à transmettre à l'un la proposition de l'autre. Ce n'est pas un tiers désintéressé qui intervient dans un marché en conciliateur pour aider de ses avis et de ses conseils deux parties sur le point de contracter ; c'est un salarié qui fait l'article pour une partie. Il défend ses intérêts, il tâche d'obtenir pour elle les conditions les plus favorables; il arrête toutes les clauses de la convention sauf l'approbation de son patron (1). » Cette commande que le patron accepte en ratifiant, n'est-ce pas lui dans une certaine mesure qui l'a dictée; elle est née des pourparlers entre le commis et le tiers, celui-ci jouissait il est vrai d'une certaine liberté d'action, mais qui en avait tracé les limites? le patron ; de sorte que si le commis remplit fidèlement sa mission, on peut dire que le marché proposé rentre dans les vues du patron; le tiers qui fait une commande se borne en réalité à accepter ce que le maître du commis lui propose par son intermédiaire, et celui-ci en ratifiant donne son adhésion définitive à une offre qu'il avait faite et qui n'était qu'éventuelle.

Quoi qu'il en soit sur ce point, nous trouvons ici encore la même *concordance entre la question de temps et la question de lieu ;* l'art. 420 Pr. civ. s'applique aux contrats par commis-voyageur comme aux contrats par correspondance, et les difficultés qui surgiront à propos du marché seront portées devant le tribunal du lieu où le contrat s'est formé.

Bien entendu, les dispositions exceptionnelles de

(1) *Orillard*, Compétence et procédure des trib. de comm., nº 609.

l'art. 420 Pr. civ. ne seraient pas applicables si la vente était sérieusement contestée ; dans ce cas, la règle actor sequitur forum rei devrait être appliquée conformément à l'art. 50 Pr. civ. Spécialement, il a été jugé que lorsqu'une vente a été faite par un commis-voyageur, mais que cette vente n'est pas ratifiée par le vendeur, qui proteste immédiatement contre l'opération du commis, l'acheteur ne peut intenter une action en réalisation de la vente que devant le tribunal du domicile du vendeur (1).

En dehors de cette hypothèse, le tribunal compétent est, dit-on, celui du lieu du contrat, et l'on rencontre à cet égard les mêmes divergences de vue que lorsqu'il s'agit de fixer le moment de la formation.

Il est un premier point, en tout cas, qui ne saurait faire difficulté ; c'est lorsque le contrat a été irrévocablement passé par le commis ayant les pouvoirs suffisants, au domicile de l'acheteur : le tribunal de ce lieu connaîtra de l'affaire pourvu, bien entendu, que la livraison y ait été effectuée (2).

Mais, que décider lorsque le commis-voyageur, au lieu d'avoir les pouvoirs nécessaires pour terminer les marchés, ne traite que sous réserve de ratification par le commettant? Tout dépend, dans l'opinion courante, de la solution qu'on adopte sur le moment de la formation du contrat.

La ratification n'opère-t-elle que pour l'avenir, c'est l'acceptation du préposant qui forme le contrat, c'est à son domicile que le contrat doit être réputé conclu ; par

(1) *Rouen*, 12 mai 1860. Rec. jurisp. Nantes, 1860. 2. 170.

(2) *Colmar*, 18 juillet 1832. D. P. 33. 2. 68 ; *Rouen*, 12 mars 1847. S. 48. 2. 361 ; *Grenoble*, 9 janvier 64. D. P. 64. 2. 146.

conséquent, l'acheteur peut être assigné devant le tribunal de commerce de ce lieu (1).

L'effet de la ratification remonte-t-il, au contraire, dans le passé, le contrat est censé conclu du jour des pourparlers ; c'est au lieu où le commis et l'acheteur sont convenus des conditions de la vente que la promesse doit être censée faite, et non au lieu du domicile du préposant: ce dernier ira plaider, en cas de contestation, devant le tribunal de l'acheteur (2).

(1) *Cass.*, 19 déc., 1821. D. P. 22. 1. 195 ; *Montpellier*, 21 décembre 1826. D. P. 27. 2. 198 ; *Lyon*, 28 mars 1827. D. P. 27. 2. 181 ; *Bordeaux*, 16 nov. 1830. D. P., 31. 2. 9 ; *Montpellier*, 24 décembre 1841. D. P. 42. 2. 150; *Bordeaux*, 4 avril 1842. D. P. 42. 2. 150 ; *Bordeaux*, 8 avril 1845. D. P. 49. 2. 36; *Montpellier*, 21 mai 1847. D. P. 47. 2. 128; *Cass.*, 31 août 1852. D. P. 52. 1. 225 ; *Cassation*, 15 juillet 1862. Rec. Jurisp. Nantes 1863. 2. 50 ; *Dijon*, 21 août 1865. D. P. 65. 2. 145 ; *Trib. com. Havre*, 12 janvier 1870. D. P. 71. 3. 24 ; *Aix*, 12 avril 1872. D. P. 73. 5. 314 ; *Pardessus*, Droit com., t. II, n° 1354; *Carré*, Lois de la procédure, n° 1507 bis et 1508 bis ; *Massé*, Dr. com., t. I, n° 582.

(2) *Toulouse*, 12 avril 1824. D. A. 3. 304 ; *Bordeaux*, 22 avril 1828. D. P. 28. 2. 209 ; *Cass.*, 31 août 1852. D. P. 52. 1. 225 ; *Bordeaux*, 7 janvier 1858. Mém. jur. Bordeaux 58. 1. 49 ; *Trib. com. Marseille*, 15 mai 1872. Journ. jur. Marseille 71. 1. 143 ; *Nîmes*, 13 mai 1871. D. P. 72. 2. 69 ; *Trib. com. Marseille*, 15 mai 1872. Journal jur Marseille 72. 1. 163 ; 10 mars 1873, ibid. 73. 1. 154 ; 17 avril 1874, ibid. 74. 1. 166 ; 22 sept. 1874, ibid. 74. 1. 291 ; 20 juin 1877, ibid. 77. 1. 275 ; *Aix*, 27 juillet 1878. D. P. 79. 2. 562 ; *Cass.*, 25 févr. 1879. D. P. 79. 1. 102 ; *Alger*, 18 févr. 1884. D. P. 85. 2. 260 , *Toulouse*, 27 mars 1884. D. P. 85. 2. 52 ; *Bordeaux*, 22 février 1888. Mém. jur. Bordeaux 88. 1. 134 ; *Montpellier*, 4 mai 1889. Gaz. Pal. 89. 2. 74 ; *Montpellier*, 26 juillet 1889. Gaz. Pal. 89. 2. 74 ; *Poitiers*, 19 mai 1890. Gaz. Pal. 90. 1. 813 ; *Lyon-Caen* et *Renault*, Précis, n° 633 ; *Rivière*, op. cit., n° 186.

## CHAPITRE IV

### INCONVÉNIENTS DES SOLUTIONS ADMISES

Tout le problème de la formation des contrats entre absents, tel qu'on le pose habituellement, peut en somme se résumer dans cette formule : les questions de temps et de lieu sont inséparables, le moment de la formation marque le moment où les parties sont irrévocablement liées et le moment où le contrat produit ses effets. Théoriquement du moins en France, ces idées n'ont pas été sérieusement contredites (1) et la pratique s'en est toujours contentée ; est-ce à dire que les résultats auxquels elles aboutissent sont pratiquement les meilleurs, nous n'oserions l'affirmer; il nous semble au contraire facile d'en montrer les défauts.

Et d'abord *l'impossibilité jusqu'ici d'arriver à une entente* ne doit-elle pas nous mettre en garde contre les solutions préconisées. Qu'on se place au point de vue du contrat par correspondance ou du contrat par commis-voyageur, nous l'avons vu, les théories les plus diverses

(1) V. cependant *Worms*, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations.

se sont fait jour et chacune prétend avoir pour elle les principes, les textes et l'intérêt général ; or, l'on est obligé de reconnaître, par une étude approfondie, que dans une certaine mesure, tout au moins en apparence, ces affirmations peuvent se justifier ; la conséquence naturelle en est une division irréductible de la doctrine, division que nous avons retrouvée dans la jurisprudence.

Pourtant, en ce qui concerne le contrat par commis-voyageur, depuis 1852 la Cour de cassation s'est prononcée ; sa théorie, il est vrai, n'est pas à l'abri de toute critique, mais enfin au point de vue pratique l'essentiel est qu'elle ait pris position : on sait ainsi lorsqu'on traite à quoi s'en tenir sur le moment et le lieu de perfection du contrat. La situation est loin d'être aussi claire pour ceux qui contractent par lettres : la *Cour de cassation refuse en cette matière de dire le dernier mot* : elle s'en remet aux juges du fait, ce qui leur permet de consacrer tour à tour les différentes théories et l'on conçoit le désarroi qu'un tel système peut causer dans la pratique : l'absence de règles précises jette les contractants dans l'imprévu, on pourrait dire dans l'arbitraire des tribunaux.

Il serait à souhaiter, semble-t-il, pour sortir d'embarras, de voir les cours d'appel s'entendre et adopter une théorie : elles feraient ainsi d'elles-mêmes l'unité que la Cour de cassation se refuse à imposer (1) chez nous et que quel-

(1) Il y aurait peut-être un moyen de la forcer à se prononcer, ce serait de lui soumettre la question sous la forme d'une *demande en règlement de juges*. Supposons, par exemple, que le tribunal saisi en première ligne se déclare incompétent, cela signifie, d'après les conceptions actuelles, que le contrat n'est pas devenu parfait dans son ressort et que, par conséquent, à supposer que l'acceptant y réside, il

ques législations étrangères ont établie dans leurs codes. Mais cet espoir est chimérique : devant les divisions de la doctrine, l'entente des tribunaux n'est pas possible ; la théorie de l'information comme celle de la déclaration trouveront forcément des défenseurs si l'on continue à poser la question telle qu'on l'envisage actuellement et l'unité de jurisprudence, si elle était réalisable, ne le serait que dans chaque ressort de Cour d'appel, parce qu'alors les magistrats du second degré pourraient imposer leurs vues aux juges des tribunaux. Sans doute dans ces limites restreintes, cette solution du conflit aurait ses avantages, puisque les justiciables se trouveraient désormais en présence de règles préétablies ; mais que d'inconvénients cette unité relative n'aurait-elle pas au point de vue général ! On reviendrait en somme aux anciens arrêts de règlement et l'on pourrait ressusciter tous les griefs qu'on adressait à ces derniers ; les diverses théories proposées se partageraient la France, et la vérité à Paris serait l'erreur à Montpellier.

Rassurons-nous ! L'étude de la jurisprudence nous l'a montré, ce danger n'est pas à craindre : les Cours d'appel tranchent en fait les litiges qui leur sont soumis, sans aucune conception a priori, et tel tribunal qui s'est rangé

s'est formé chez l'offrant : le tribunal a jugé en somme implicitement que la théorie applicable au contrat était celle de l'information. Le tribunal saisi le second, en l'espèce celui du domicile de l'offrant, pourrait bien ne pas être de cet avis : il déclinerait à son tour la compétence comme n'étant pas celui dans le ressort duquel le contrat s'est formé. Nous nous trouverions alors en présence de deux décisions contradictoires en matière de compétence : la Cour suprême aurait à dire le dernier mot.

aujourd'hui à la théorie de l'information, consacrera demain la théorie opposée. Nous avons indiqué le vice capital de cette pratique; elle plonge les parties dans l'incertitude absolue sur le point de savoir, en cas de contestation, ce que dira le tribunal saisi, et cette incertitude se traduit au dehors par la *multiplicité des procès*. Comment d'ailleurs en serait-il autrement ?

Voici par exemple deux parties qui traitent par correspondance, l'acceptant après avoir mis sa réponse à la poste, pris de remords, télégraphie immédiatement qu'il revient sur son consentement et la dépêche arrive à l'offrant avant la lettre d'acceptation. La révocation est-elle valable : l'acceptant l'affirme et l'offrant le nie ; chacun a raison parce que chacun envisage les choses au point de vue qui lui est le plus favorable ; l'intérêt de l'offrant est que le contrat soit formé à dater de l'acceptation, l'acceptant soutient au contraire que la connaissance de l'acceptation par l'offrant est un élément indispensable au contrat et que jusqu'à ce moment il peut rétracter sa volonté ; comme les deux opinions théoriquement sont soutenables et que d'ailleurs on ne connaît pas la manière de voir à ce sujet du tribunal compétent, on plaidera à tout hasard.

Même résultat si nous supposons que dans une vente de corps certain l'objet du contrat ait péri entre le moment où l'acceptation est manifestée et celui où elle arrive à l'offrant : les risques seront pour le vendeur ou pour l'acheteur suivant la solution adoptée sur le moment de la formation du contrat, suivant qu'on se rangera à la théorie de l'information ou à celle de la déclaration et par conséquent, comme les parties ne s'entendront jamais sur ce point où elles ont des intérêts opposés, comme d'ailleurs

on ne sait pas ce que décideront les juges saisis, on leur soumet toujours la question.

Cela nous explique la multiplicité des arrêts relatifs aux contrats par correspondance ; l'absence de règles précises est un encouragement à plaider, chaque partie espérant voir le triomphe de ses intérêts dans la décision du tribunal. L'inconvénient n'existerait pas si l'on se rangeait une fois pour toutes à l'une ou l'autre théorie ; l'acceptant saurait à l'avance s'il peut ou non revenir sur la volonté qu'il a manifestée, on saurait pour qui sont les risques pendant le temps que met l'acceptation à parvenir à l'offrant.

L'hésitation des tribunaux sur le moment de la perfection du contrat présente encore un *inconvénient considérable au point de vue de la compétence :* nous savons que l'article 420 Pr. c., permet en matière commerciale d'assigner devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée, mais nous savons aussi qu'on dit partout que le lieu de la promesse est le lieu où le contrat s'est formé et que déterminer le tribunal compétent revient à se demander en quel endroit un contrat acquiert sa perfection ; or, si sur ce point les opinions sont partagées, « il y a là une difficulté qui est de nature, on le conçoit, à jeter le trouble dans les relations commerciales. Lorsqu'il traite avec un correspondant éloigné, le commerçant a besoin de savoir devant quel tribunal il pourra être assigné si un litige s'élève, surtout à quel juge il devra s'adresser si l'autre partie n'exécute pas ses engagements. Le risque d'aller plaider loin de son domicile doit entrer en ligne de compte dans l'appréciation des éléments du marché. C'est en vain qu'il cherchera une solution ferme à cette question puisque la solution dépend

uniquement de l'opinion que professeront les magistrats sur la question théorique de perfection de contrat (1). »

Il est donc indispensable de faire cesser cet état de choses ; l'unité s'impose à tous les points de vue. On a nié qu'elle fût possible et certains auteurs ont estimé que « ce qui doit décider dans chaque cas particulier c'est la bonne foi, l'habitude d'une honnête et loyale pratique des affaires », que « dans les limites résultant des principes généraux, cette règle un peu vague donne pourtant moins de prise à l'arbitraire qu'une règle absolue et en quelque sorte mathématique qu'il n'est guère possible d'établir (2) », que tantôt le contrat sera formé dès que la lettre d'acceptation est écrite, tantôt il faudra que celle-ci soit partie, tantôt enfin sa réception par l'offrant marquera seule la naissance d'un engagement irrévocable (3).

Quoi qu'il en soit, nous ne nous attarderons pas sur cette question, car nous avons l'intention de montrer qu'*aucune des théories en présence, même si elle venait à prévaloir, ne donnerait satisfaction aux exigences de la pratique*.

Et tout d'abord, *au point de vue de la compétence*, les inconvénients persisteraient malgré l'adoption d'une théorie unique, que ce soit l'information ou la déclaration. « Avec l'une et avec l'autre, en effet, dans une affaire déterminée, la compétence variera et on pourra saisir tel ou tel tribunal, suivant que le nombre des lettres échan-

(1) *Ferron*, Competence ratione personæ des tribunaux de commerce (*Revue critique*, 1901, p. 229).

(2) *Rivier*, Revue droit intern. privé, 1872, p. 535.

(3) *Pigozzi*, Archivio juridico, 1870, VI, p. 38.

gées entre les parties sera pair ou impair (1). » Supposons, en effet, qu'on ait adopté en principe, le système de la déclaration et voyons les solutions auxquelles il aboutit, suivant les circonstances. Pierre, négociant à Bordeaux, a reçu un stock de café qu'il voudrait vendre à l'un de ses clients, Jacques, négociant à Marseille. Il peut rédiger son offre de deux façons différentes; il peut écrire : « Je tiens à votre disposition telle quantité de café à tel prix : êtes-vous acheteur? » ou bien « je tiens à votre disposition telle quantité de café; êtes-vous acheteur et à quel prix? » Suivant qu'il adoptera l'une ou l'autre formule, le contrat se formera à Marseille ou à Bordeaux ; dans le premier cas en effet l'acceptation sera manifestée à Marseille, dans le second elle le sera à Bordeaux parce qu'elle émanera de Pierre, l'offre définitive ayant été faite par Jacques, de Marseille.

Cette distinction paraît encore plus illogique si l'on songe que par sa réponse le destinataire de l'offre peut à son tour modifier la compétence. A la lettre « êtes-vous acheteur et pour quel prix? » Jacques peut répondre : « Je suis tout disposé à traiter, mais je désire être fixé par vous sur le prix exact auquel vous pouvez céder vos marchandises. » L'offre dans ce cas émanera de Pierre, l'acceptation de Jacques et le contrat se formera à Marseille.

Mêmes contradictions si la théorie adoptée en principe était celle de l'information; le contrat se formerait à Bordeaux ou à Marseille, suivant les formules employées, c'est-à-dire suivant que la destination de la dernière lettre échangée serait Bordeaux ou Marseille.

(1) *Ferron*, Compétence des trib. com. (Revue critique, 1901, p. 229).

Or, rien ne justifie cette diversité de solutions : la situation des parties est la même dans tous les cas, c'est toujours le même individu qui en somme a pris l'initiative du contrat. Si une exception aux règles ordinaires de la compétence doit être admise, n'est-il pas juste qu'elle fonctionne dans tous les cas en faveur de la même personne et comment admettre que le caprice de l'un ou de l'autre des contractants fasse varier le tribunal compétent. C'est pourtant la conséquence à laquelle aboutissent indistinctement les théories traditionnelles de la déclaration ou de l'information.

Leurs résultats sont également critiquables en ce qui concerne le *moment de la formation*, c'est-à-dire le point de savoir quand les parties sont irrévocablement liées et quand le contrat doit produire ses effets.

D'après les partisans de la théorie de la déclaration, les deux parties sont liées du jour où l'acceptation a été manifestée ; par suite la révocation de cette dernière n'est jamais possible (1) et certains auteurs ont poussé si loin la logique qu'ils ont déclaré la révocation inefficace, même si la lettre d'acceptation vient à se perdre, en sorte que son existence ne soit connue de l'offrant que par la rétractation qui en est faite. « C'est là, dit-on (2), une conséquence qui étonne à première vue, mais elle est bien moins rigoureuse qu'on ne le croirait, car une partie qui désire se réserver sa liberté d'action le plus lontemps possible a à sa disposition deux moyens de le faire : elle

(1) Cela n'est vrai d'une manière absolue que dans la théorie de la déclaration stricto sensu. Dans la théorie de l'expédition l'acceptant peut revenir sur son consentement tant qu'il n'a pas mis à la poste la lettre où il est exprimé.

(2) *Pollock*. Principles of contract, p. 36.

peut mentionner dans sa lettre que son acceptation est conditionnelle et ne deviendra définitive que si elle n'est pas révoquée télégraphiquement avant son arrivée; ou bien elle peut ne pas écrire du tout et attendre jusqu'au dernier moment pour télégraphier sa décision. »

L'équité proteste contre une pareille solution (1), et nous doutons fort qu'elle soit admise d'une manière générale par les auteurs qui défendent la théorie de la déclaration; c'est cependant une conséquence logique de leur système et si elle doit être condamnée, c'est qu'il faut condamner aussi le principe d'où elle découle...

C'est ce que font en réalité implicitement plusieurs auteurs (2) qui, partisans en principe de la théorie de la déclaration, permettent néanmoins la révocation de l'accep

(1) A ce point de vue nous ne pouvons nous empêcher de rapprocher de cette opinion une décision du tribunal du commerce de Marseille : un télégramme d'acceptation avait été déposé au bureau du télégraphe puis annulé avant son envoi par l'envoyeur qui avait même obtenu le remboursement du prix ; toutefois, par une erreur de l'administration ce télégramme avait été expédié quand même et le réceptionnaire prétendait que le contrat était formé ; le tribunal lui a donné tort en disant que l'expédition constituait « un fait étranger aux défendeurs qui n'en sauraient être rendus responsables ; que dans ces conditions il est impossible de trouver dans l'espèce actuelle, ce concours des volontés qui peut seul lier le marché ; qu'il a bien existé chez les défendeurs une simple velléité de consentement mais que lesdits défendeurs ont clairement manifesté en temps utile leur intention de ne pas donner suite à ce projet. »

(2) *Serafini*, Scritti germanici Disc. I, ch. III, n° 1 ; *Pigozzi*, Archivio giurid., 1870, VI, p. 58 et s. ; *Hepp*, Correspondance privée postale ou télégraphique, § 111 ; *Girault*, Contrat par correspond., n° 94; *Lyon-Caen et Renault*, Traité, t. III, n° 27 ; *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 480.

tation tant qu'elle n'est pas parvenue à l'offrant. En effet, disent-ils, il n'y a pas acceptation capable d'engendrer un lien de droit, tant que la manifestation de volonté reste au pouvoir de l'acceptant, en ce sens qu'il puisse à coup sûr la révoquer par un procédé plus rapide de communication. Alors, en droit comme en fait, l'acceptant peut avant qu'il ne parvienne à l'offrant paralyser l'effet de son consentement par une dépêche qui mettra celui-ci en garde contre la lettre qu'il va recevoir et lui disant de ne pas tenir compte de l'acceptation qu'elle contient. C'est l'opinion que MM. Lyon-Caen et Renault (1) manifestent en ces termes « la rétractation peut être admise en vertu d'une condition résolutoire conforme à l'intention des parties, tant qu'elle ne cause pas de préjudice à l'auteur de l'offre qui ignore l'acceptation. Cela paraît d'autant plus raisonnable que celui qui expédie une lettre ou un télégramme, n'est pas absolument dépourvu de tout moyen de la retirer et d'en empêcher la délivrance au destinataire ».

M. Girault avoue qu'en donnant cette solution, qu'il dit commandée par le bon sens et la bonne foi, il préfère l'équité à la stricte logique ; les règles du droit, ajoute-t-il, doivent être entendues et appliquées avec modération : summum jus, summa injuria.

Nous sommes parfaitement de son avis : j'envoie une lettre pour accepter un contrat qu'on me propose, puis soudain pris de remords, je télégraphie que je refuse ; la dépêche arrive avant la lettre ; pourquoi m'imposer un contrat que je ne veux plus; l'offrant n'a pas à se plaindre puisqu'il n'a connu mon acceptation qu'après mon refus et que par conséquent il n'a jamais pu légitimement compter

(1) *Lyon-Caen et Renault*, op. et loc. cit.

sur l'exécution du contrat. Mais que devient avec cette solution le principe que le contrat est formé à la manifestation de l'acceptation? « Les tempéraments d'équité par lesquels on a voulu justifier la faculté accordée à l'acceptant de révoquer l'acceptation avant qu'elle soit parvenue au proposant ne sont en dernière analyse qu'une véritable contradiction (1); » on permet en somme à l'acceptant de faire tomber par sa seule volonté un contrat que l'on dit déjà parfait.

Faut-il en conclure que la théorie de l'information doit avoir les préférences? Nous n'oserions l'affirmer.

Et tout d'abord, remarquons-le, il est un domaine dans lequel elle ne pourrait pas s'appliquer, c'est celui de *l'acceptation tacite*, si fréquente pourtant dans les contrats par correspondance; « il est impossible de concevoir, si la connaissance de l'acceptation par le pollicitant est essentielle à la formation de la convention, comment dans cette hypothèse, la convention peut prendre naissance. D'autre part, si le destinataire de la lettre d'offre, tout en y répondant et en faisant connaître son acceptation, s'est mis sur-le-champ à exécuter les obligations que le marché ainsi conclu met à sa charge, d'après la théorie de l'information, il se produira ce résultat bizarre, que la formation du contrat sera postérieure à son accomplissement » (2). Cela est admissible, et la plupart des partisans du système de l'information reconnaissent qu'il est inapplicable aux conventions formées tacitement.

Nous sommes ainsi déjà mis en garde contre une théorie qui, si elle était adoptée, devrait faire la part de

(1) *Fiore*, Dr. int. privé, appendice, n° 247.
(2) *Valery*, op. cit, n° 164.

l'adversaire ; mais poursuivons notre analyse et voyons si du moins dans son domaine, c'est-à-dire au cas d'acceptation expresse, elle nous donne complètement satisfaction.

D'après la théorie de l'information, nous le savons, le contrat n'est formé et par suite les deux parties ne sont liées qu'au moment de l'arrivée de l'acceptation à la connaissance de l'offrant ; ce système a donc pour conséquence naturelle de permettre le *retrait de l'offre* tant que l'offrant ne connaît pas l'acceptation.

Mais n'est-ce pas aller un peu loin dans le domaine de la liberté reconnue à l'auteur de l'offre et n'est-ce pas méconnaître les droits de celui qui l'a acceptée ! La situation est-elle donc la même avant et après l'acceptation et peut-on dire que celle ci, parce qu'elle est ignorée de l'offrant, n'a rien changé aux relations des parties ? Evidemment non, et parmi les auteurs qui adoptent la théorie de l'information, il en est qui dénient au proposant le droit de révoquer utilement son offre après l'envoi de la lettre d'acceptation. L'acceptation, disent-ils a déjà fait naître au profit de l'acceptant un droit qui, étant le résultat naturel de l'acte libre et spontané de l'offrant, ne peut plus être détruit par ce dernier. En effet, par son acceptation, la personne qui a reçu la proposition réunit en elle-même deux volontés dont elle a une connaissance parfaite et certaine, savoir celle du pollicitant et la sienne propre. Au contraire jusqu'au moment où l'offrant reçoit la réponse d'acceptation ce concours des volontés est impossible par rapport à lui ; par conséquent jusque-là l'acceptant n'est tenu envers lui d'aucune obligation (1). Mais

(1) *Vidari*, Giornale delle leggi, 21 juillet 1870, p. 99.

s'il n'existe pas pour lier l'acceptant ce concours de volontés n'existe pas non plus pour lier l'offrant, et celui ci doit pouvoir revenir sur sa volonté tant qu'il ne connaît pas l'acceptation : on lui en refuse le droit et l'on fait bien, suivant nous, mais alors du même coup la théorie de l'information est condamnée puisqu'elle engendre une conséquence inacceptable.

Ce n'est pas la seule d'ailleurs et nous allons encore trouver la théorie en défaut si nous supposons que *l'une des parties vienne à mourir entre le moment où l'acceptation est exprimée et celui où elle arrive à l'offrant.*

On admet en effet généralement et d'une manière à peu près unanime que la mort ou l'incapacité frappant l'une des parties dans l'intervalle qui sépare l'offre de l'acceptation, c'est-à-dire depuis le moment où les pourparlers commencent jusqu'à celui où ils finissent, la mort ou l'incapacité, dis-je, empêchent le contrat de se former (1). « Pour que le contrat se forme, dit-on, il faut le concours des volontés des deux parties, il faut donc qu'elles puissent vouloir et manifester leurs volontés. Après la mort ou l'interdiction de l'une des parties, ce concours devient impossible; l'une d'elle veut à la vérité, mais l'autre ne peut plus vouloir : dès lors l'offre tombe ou l'acceptation ne peut plus se faire, ce qui empêche la formation du contrat (2). » Les partisans de l'information appliquant logiquement leur système déclarent que la mort ou l'incapacité de l'une des parties avant la formation du contrat, c'est-à-dire avant

(1) *Cassation*, 20 juillet 1846. D. P. 46. 1. 375 ; *Cass.*, 16 avril 1874. D. P. 75. 1. 356 ; *Cass.*, 15 mars 1892. D. P. 92. 1. 181.

(2) *Laurent*, Principes de droit civil. t. XV, n° 478.

l'arrivée de l'acceptation à son adresse, empêche définitivement la naissance du lien contractuel.

Mais qui ne sent alors l'injustice ! Comment, voici une offre qui a été acceptée et la lettre qui l'annonce à l'offrant est déjà mise à la poste ; chacune des parties a fait le nécessaire pour former le contrat, un seul acte d'ordre matériel reste à accomplir pour que l'affaire soit terminée, le transport de la lettre d'acceptation ; et tout serait rompu par la mort de l'une des parties ! les volontés ne se sont-elles pas rencontrées et qu'importe la personnalité des contractants puisque leur intervention est désormais inutile pour créer l'obligation !

M. Larombière l'a compris, et il admet avec Toullier (1) que si l'un ou l'autre des contractants mourait ou devenait incapable après l'acceptation, le contrat n'en serait pas moins formé lors même que l'acceptation n'aurait pas à ce moment été connue de l'offrant. « En effet, dit-il, si ces incidents de mort ou d'incapacité ne surviennent qu'après l'acceptation donnée, mais avant qu'elle soit connue, le contrat n'en est pas moins irrévocablement formé. Il y a eu en effet concours de deux volontés et qu'importe que toutes les parties puissent se rétracter tant que l'acceptation n'est pas connue. Il n'en n'est pas moins vrai que le contrat n'est imparfait qu'à cause de cette faculté de rétractation, mais il est irrévocablement formé à défaut de cette rétractation. Or l'effet même de la mort ou de l'incapacité survenue après l'acceptation de l'offre est de rendre toute rétractation impossible de sa part et de consolider le contrat de son côté. Quant à l'autre, il est indifférent qu'elle ait pu se dédire tant que l'acceptation

(1) *Toullier,* Droit civil, t. VI, nº 31.

n'était pas connue, si ayant cette faculté, elle ne l'a pas exercée à temps. Il y a donc de part et d'autre persévérance des volontés à défaut de rétractation (1). »

La solution est on ne peut plus satisfaisante, mais elle porte une grave atteinte au principe sur lequel repose la théorie de l'information.

Il ne faudrait pas d'ailleurs se représenter l'inconvénient que nous venons de signaler comme particulier à cette dernière : on le retrouve quoique fortement atténué dans la théorie de la déclaration. Avec elle, il est vrai, le contrat étant irrévocablement formé à la manifestation de l'acceptation, peu importe après cet événement la mort ou l'incapacité survenue aux contractants.

Mais si nous supposons que l'une des parties meure ou devienne incapable avant l'acceptation, celle-ci ne peut plus se produire ; elle resterait sans effet. L'offre, dit-on, s'éteint par la mort de l'offrant, parce qu'on ne peut pas admettre que la volonté des héritiers soit la volonté du défunt. Il y a dans l'idée de volonté quelque chose de purement personnel, non susceptible d'une transmission héréditaire. Les héritiers de l'acceptant ne peuvent, pour la même raison, accepter pour lui « ce qu'il y a de transmissible dans ma succession, dit encore M. Larombière (2), ce sont mes obligations et mes droits, et non une faculté d'acceptation toute personnelle qui s'éteint avec ma personne seule capable de la donner, puisque c'est à elle seule que la proposition a été adressée ».

La conclusion en est que pour rendre de nouveau le contrat possible l'*offre devra être renouvelée* par l'offrant

(1) *Larombière*, Obligations, t. I, art. 1101, n° 20 in fine.
(2) *Larombière*, Obligations, t. I, art. 1101, n° 20.

aux héritiers du destinataire primitif ou par les héritiers de l'offrant. En admettant qu'on s'y résigne, ce qui sera rare, il en résultera des longueurs préjudiciables à tout le monde. C'est pour les éviter, dans un cas du moins, lorsque l'incapacité ou la mort frappe le destinataire de l'offre que certains auteurs (1) ont reconnu aux héritiers le droit d'acceptation. En effet, disent-ils, leurs droits sont les mêmes que ceux de leur auteur, ils peuvent donc accepter comme lui.

Exprimée dans ces termes généraux, l'opinion de MM. Delvincourt et Duranton est restée sans écho ; mais elle a trouvé des adhérents pour le cas où l'offre est accompagnée d'un délai dans lequel elle doit être acceptée ; alors nous le verrons, la révocation de l'offre n'est pas possible dans le délai ; le destinataire a un droit acquis à accepter, c'est un droit qu'il transmet à ses héritiers (2).

On rejette d'une façon générale ces atténuations du principe. Une offre non acceptée ne fait pas partie, dit-on, du patrimoine : elle ne passe pas aux héritiers, le contrat ne pourra se former avec eux dans l'opinion générale qu'en vertu d'une offre nouvelle. Cet évanouissement de l'offre, surtout lorsqu'il sera causé par la mort du destinataire, ne sera pas en harmonie avec la volonté de l'offrant ; très rarement en effet, l'offre aura été faite « intuitu personæ », surtout entre négociants ; le plus souvent peu importe à

(1) *Delvincourt*, op. cit., t. III, p. 134 ; *Duranton*, op. cit, n° 45.

(2) *Darquer*, Contrat par correspondance, p. 48 ; *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Oblig., t. I, n° 34 ; *Worms*, De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations, p. 178.

l'offrant de traiter avec un autre que le destinataire de l'offre et « vice versa ».

Il paraît donc indispensable de restreindre, dans de justes limites, l'importance de ces événements et de ne pas faire tomber une volonté qui a déjà produit ses effets. Les consentements doivent être à l'abri d'une mort ou d'une incapacité possibles, dès avant la formation du contrat.

A un autre point de vue et en ce qui concerne *le moment où le contrat produit ses effets*, il nous sera facile de montrer que les théories courantes de la déclaration et de l'information donnent parfois des résultats inacceptables.

Prenons, par exemple, le contrat qui se forme par excellence entre absents, c'est-à-dire la vente dont les effets principaux, nous le savons, lorsqu'elle a pour objet un corps certain, sont le *transfert de la propriété ou des risques*. Rattacher ces effets au moment de la formation, c'est, si nous admettons la théorie de l'information, les faire varier dans une hypothèse donnée suivant les circonstances : la propriété sera, en effet, transférée plus ou moins vite suivant la rapidité du moyen de communication employé pour envoyer l'acceptation ; ce transfert sera presque instantané si les parties communiquent par le télégraphe, il sera plus long si l'acceptation est contenue dans une lettre, il ne se produira que fort tard si on suppose que celle-ci s'égare et prenne une fausse direction : notons à un autre point de vue que le transfert des risques du vendeur à l'acheteur subira le même sort. Or, rien ne justifie ces différences de solution ; dans tous les cas, le destinataire de l'offre y a adhéré au même instant.

La théorie de la déclaration paraît donc tout d'abord donner une solution équitable : le transfert de la pro-

priété et des risques a lieu dès que l'acceptation a été manifestée, l'acheteur devient propriétaire dès qu'il en a la volonté. Cependant les résultats de cette théorie ne sont pas à l'abri de la critique lorsque l'offre émane de l'acheteur, puisque c'est lui faire supporter les risques à son insu ; s'ils sont passés sur sa tête au moment de la formation du contrat, c'est lui qui supporte la perte de la chose dans le cas où elle se produirait entre le moment où le vendeur a accepté et le moment où l'acceptation arrive à sa connaissance : l'acheteur pourrait donc, le cas échéant, apprendre en même temps et la formation du contrat et la perte de l'objet sur lequel il porte ; cela est trop injuste pour pouvoir être admis.

De tout ce qui précède, il résulte *que la jurisprudence a raison lorsqu'elle se refuse à adopter définitivement telle ou telle théorie :* mise en contact journalier avec les faits, elle a compris mieux que personne la nécessité de varier suivant les cas ses décisions afin de ne jamais heurter l'équité. Mais alors elle aurait dû renoncer du même coup aux théories classiques de l'information ou de la déclaration ; il ne suffit pas, en effet, qu'une décision judiciaire soit conforme à l'équité, il faut encore qu'il y ait dans les motifs juridiques sur lesquels elle s'appuie, unité de vue avec les décisions précédemment rendues sur le même objet : or, à ce point de vue, tout est contradiction dans les arrêts et tel tribunal qui a déclaré aujourd'hui un contrat parfait à la manifestation de l'acceptation s'efforcera demain de démontrer à l'aide des arguments les plus savants que rien n'est fait tant que l'acceptation n'est pas parvenue à la connaissance de l'offrant. Il faut condamner cette pratique ; la vérité juridique est une et doit inspirer tous les arrêts : il s'agit

de la rechercher. Nous la trouverons dans un juste milieu; il suffira pour cela de « compléter l'élément psychologique que la doctrine a trop souvent pris comme base unique de ses discussions par d'autres éléments, tirés d'une réalité plus large, que révèlent au mieux les besoins de la vie et les idées dominantes », il suffira de « s'abstenir de toute solution rigide et sans refuser les solutions de principe savoir du moins les multiplier et les assouplir dans la mesure nécessaire à la satisfaction de tous les intérêts (1). » En ce qui concerne la compétence notamment, il nous faudra découvrir un principe qui, tout en donnant satisfaction à l'équité, satisfasse en même temps le besoin de certitude éprouvé à ce sujet par les plaideurs. Nous aurons à voir pour cela s'il n'est pas nécessaire de distinguer deux points de vue intimement liés jusqu'ici par les auteurs, le moment et le lieu de formation du contrat.

(1) *Geny*, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, p. 530.

# DEUXIÈME PARTIE

## RECHERCHE D'UNE SOLUTION

## CHAPITRE PREMIER

### PRINCIPES GÉNÉRAUX

S'il est un vice capital de notre méthode traditionnelle en matière d'interprétation juridique, c'est de prétendre toujours et malgré tout chercher ce que le législateur a voulu : « Notre doctrine, a-t-on dit, s'est trouvée poussée avant tout au développement à outrance de l'interprétation des formules légales et à l'investigation par tous moyens de la volonté législative (1). » Dans ce but, deux procédés sont employés : ou bien on considère un texte donné comme l'application d'un principe général qu'on dégage et qu'on applique ensuite aux situations analogues, ou bien on considère l'ensemble des règles du droit comme divisibles en un certain nombre de catégories prédéterminées et immuables dans lesquelles tout problème juridique doit forcément trouver sa solution : l'interprète se décide alors par voie d'analogie entre le cas à lui soumis et une situation législativement réglée ; dans l'une et l'autre hypothèse on observe la volonté du législateur qui

(1) *Geny*, Méthode d'interprétation et sources..., n° 12, p. 24.

a, pense-t-on, sans aucun doute, voulu donner aux règles par lui posées, leur maximum d'application (1).

C'est d'après cette méthode que l'on a cru pouvoir résoudre la question de formation des contrats entre absents : s'agit il particulièrement du contrat par correspondance, on invoque l'article 932 C. civ. pour dire que la volonté de l'acceptant n'a d'effet qu'après son arrivée chez l'offrant, et les partisans de l'opinion contraire invoquent l'article 1954 du même code pour dire que l'acceptation est efficace dès qu'elle est manifestée. Veut-on étudier le contrat par commis-voyageur, on insiste sur l'analogie apparente qu'on relève entre l'adhésion donnée par le patron au contrat et la ratification du maître qui intervient dans l'hypothèse du mandat ; dans les deux cas, dit-on, on se trouve en présence d'une personne qui agit pour une autre, la solution doit être la même dans les deux cas.

En réalité, ces prétendues analogies n'existent pas, et on le sent si bien qu'on éprouve le besoin de fortifier les solutions admises par des considérations étrangères au débat : c'est ainsi qu'on appuie la rétroactivité de la ratification sur l'article 1179 C. civ., relatif à la condition suspensive. L'analogie d'ailleurs existerait-elle que les raisons de décider pourraient ne pas être les mêmes : de ce que le législateur a dans telle hypothèse donné une solution, il ne s'ensuit pas que le texte doive forcément recevoir une application extensive : il peut tout aussi bien constituer une dérogation au droit commun et c'est ce droit commun qu'il s'agit d'établir.

Le chercher dans les textes est inutile puisque nous y

(1) Sur tous ces points voir *Geny*, op. cit., nos 22 et 61.

trouvons consacrées les deux théories qui sont aux prises et puisqu'il s'agit de résoudre une difficulté que le législateur n'a certainement pas envisagée d'une manière générale ; cela se comprend car lors de la rédaction de nos codes, les contrats entre absents étaient relativement rares.

Aujourd'hui, au contraire, leur multiplicité donne à la question de leur formation une importance pratique considérable et le besoin d'une réglementation se fait sentir afin d'éviter aux parties l'arbitraire ou l'imprévu. Cette solution, que le législateur ne nous donne pas, nous pouvons la *rechercher librement*, car il faut bien faire face aux nécessités sociales et nous la trouverons à l'aide du *raisonnement et de l'analyse*.

Une première idée vient tout d'abord à l'esprit : pourquoi ne pas faire abstraction de la distance qui sépare les contractants et ne pas trancher la question comme s'ils étaient en présence. « Entre présents la convention ne prend naissance que lorsque le proposant entend les paroles d'acceptation, par conséquent il doit en être de même dans le contrat par lettres : dans un cas comme dans l'autre, il faut que les volontés se connaissent, jusque-là elles restent libres (1). » Mais n'est-ce pas alors supprimer la difficulté puisqu'elle naît justement de ce fait que les parties habitent dans deux villes différentes et que la volonté de l'une n'est connue de l'autre qu'après un temps plus ou moins long. Nous l'avons vu, d'ailleurs, même entre présents notre question peut se poser et il est telle hypothèse où l'on se demande si le contrat n'est pas formé avant que l'offrant ne connaisse l'acceptation.

(1) *Laurent*, Principes de droit civil, t. XV, n° 479; *Baudry-Lacantinerie* et *Saignat*, Vente, n° 35.

L'assimilation n'est donc pas possible des contrats entre absents et des contrats entre présents parce que ce qui caractérise les premiers et ce qu'on ne peut pas négliger, c'est que l'acceptation émise à un moment donné n'arrive que plus tard à celui qu'elle intéresse.

Faut-il prendre exactement le contrepied de l'opinion précédente et dire que ce qui importe avant tout à la conclusion du contrat, c'est l'existence de deux volontés manifestées, « que la proposition librement transmise à destination acquiert par là même une extéritorialité de fait, une existence juridique propre..., que la manifestation d'acceptation ne peut plus se produire comme isolée et vaine, mais que, en présence du consentement vivant et prolongé du proposant..., elle se fusionne, s'harmonise et s'identifie avec ce consentement de manière à former réellement « ipso jure » cette entité juridique du « duorum in idem placitium », union des deux volontés (1). » Mais alors on fait abstraction des nécessités de la pratique, on s'enferme pour ainsi dire dans un poêle, comme Descartes, loin du monde extérieur et l'on cherche à découvrir par l'analyse psychologique en quoi consiste cet accord de volontés nécessaire au contrat.

C'est le reproche capital que l'on peut adresser aux auteurs qui jusqu'à ces dernières années se sont occupés de la question : ils ont fait *trop de place à l'élément psychologique ou métaphysique* (2). La pratique, ils ne s'en inquiètent guère ou plutôt s'ils la font intervenir, ce n'est que comme un moyen de contrôle, une pierre de

(1) Cour suprême de Florence, 30 juin 1873. Revue dr. int. privé, 1876, p. 410.

(2) Demolombe t. XXIV, n° 62 ; Wurth, op. et loc. cit.

touche de la solution adoptée ; c'est ainsi, nous l'avons vu, que chacun prétend donner satisfaction à l'équité, chacun renvoie à l'autre la critique qu'il lui adresse.

En réalité, nous l'avons montré, les deux théories de la déclaration et de l'information peuvent être mises sur le même pied : s'il est juste en effet de dire que la théorie de la déclaration est défavorable à l'offrant qu'elle lie à son insu et dont elle rend la tâche difficile en ce qui concerne la preuve, ne peut-on pas faire les mêmes remarques en faveur de l'acceptant à propos de la théorie de l'information? Au fond, la question telle qu'elle est posée revient à se demander laquelle des deux parties doit être sacrifiée à l'autre et cela est manifestement contraire à l'intérêt général.

Tout cela provient de la méthode employée pour résoudre la question de formation du contrat : il faut, d'après nous, suivre la marche inverse de celle généralement adoptée et mettre *les considérations pratiques au premier rang*. Il ne faut pas oublier en effet que nous sommes en matière contractuelle, c'est-à-dire dans un domaine où la volonté des parties est toute-puissante : c'est elle qui doit nous guider et nous conduire à la solution du problème. Mais cette volonté nous ne la trouverons certainement pas égarée dans les abstractions philosophiques ou juridiques ; « le plus souvent la volonté des parties ne s'est portée réellement que sur le résultat économique qu'elles avaient en vue, n'envisageant l'acte juridique qu'elles concluaient que comme un moyen de l'atteindre, comme un instrument ou un intermédiaire, non comme un but » (1). Le vendeur et l'acheteur s'inquiètent peu, pour

(1) *Saleilles*, Déclaration de volonté, p. 196.

savoir à quel moment la propriété passe de la tête de l'un sur celle de l'autre, des raisons qui militent en faveur de la théorie de la déclaration ou de celle de l'information ; ce qu'ils cherchent à interpréter, ce sont tout simplement les circonstances dans lesquelles le marché est conclu. Ce sont ces circonstances que nous devons analyser pour en dégager d'une manière générale l'état d'âme des contractants.

Mais, dira-t-on, au point de vue pratique, le contrat n'est plus qu'un conflit d'intérêts ; la volonté des parties est donc forcément contradictoire, car l'intérêt de l'acheteur est en opposition avec celui du vendeur : l'un veut vendre très cher, l'autre veut acheter au plus bas prix et cette opposition se manifeste à quelque point de vue qu'on envisage l'acte passé ; sous le rapport des risques, par exemple, le vendeur a intérêt à s'en débarrasser le plus vite possible, c'est-à-dire à hâter la conclusion du contrat, l'acheteur a l'intérêt directement opposé, il semble donc difficile, pour ne pas dire impossible, de suivre la volonté des parties.

Ce raisonnement est facile à détruire, car « s'agissant de contrats, aucune des deux volontés ne peut plus s'interpréter isolément et unilatéralement. Il ne peut y avoir qu'une volonté commune répondant à ce à quoi chacune des deux parties a pu et dû s'attendre d'après la volonté de l'autre normalement interprétée » (1). Cette volonté commune, résultante des volontés particulières, doit être conforme à la bonne foi commerciale, c'est-à-dire tenir compte de l'équité, des usages et des nécessités économiques.

(1) *Saleilles*, Déclaration de volonté, p. 229.

Chacune des parties veut retirer du contrat le maximum d'avantages, mais il est manifestement impossible de leur donner d'une manière absolue satisfaction à toutes les deux, car le bénéfice de l'un, c'est le sacrifice de l'autre. Les volontés particulières ne peuvent donc pas sortir chacune son plein et entier effet : elles se limitent l'une l'autre, elles s'imposent mutuellement des bornes qu'elles ne peuvent pas dépasser. A l'exagération des intérêts individuels voulue par chacun des contractants, il faut substituer le principe de l'équilibre des intérêts en présence (1), c'est-à-dire donner satisfaction à chacune des parties, mais en tenant compte de ce fait que le droit de l'une commence où s'arrête celui de l'autre ; les deux parties en un mot doivent avoir une situation égale.

Il ne serait pas juste d'ailleurs de croire que cette idée a complètement échappé aux diverses théories proposées sur la formation des contrats entre absents; bien au contraire, chacune d'elles paraît s'attacher à traiter d'égale façon l'acceptant et l'offrant, mais les conséquences auxquelles on aboutit sont forcément mauvaises parce qu'elles procèdent d'un point de départ critiquable. Il est en effet posé comme principe que les deux parties doivent être liées à partir d'un instant unique, le même pour les deux, moment qui est celui de la conclusion du contrat et qu'il s'agit de préciser : l'égalité due aux parties, dit-on, l'exige ainsi, tant que l'une est libre, l'autre doit l'être aussi. On pourrait, il est vrai, contester la justesse de cette conclusion et se demander si le sort fait aux deux parties est le même, qu'on se place au point de vue de la théorie de la déclaration ou de celle de l'information. On pourrait, par exemple,

(1) *Gény*, op. cit., nº 173.

demander aux partisans de la première pourquoi ils refusent à l'acceptant un droit qu'ils accordent à l'offrant, à savoir le droit de révoquer sa volonté tant qu'elle n'est pas arrivée à destination. On pourrait demander aux partisans de l'information s'ils condamneraient à des dommages-intérêts l'acceptant qui révoque son acceptation comme ils n'hésitent pas à le faire contre l'offrant lorsqu'un préjudice s'en est suivi : on arriverait peut-être à démontrer que cette prétendue égalité n'est qu'apparente, mais en réalité, ce n'est pas là-dessus que nous porterons la discussion, c'est au principe même que nous nous attaquons et nous prétendons qu'il n'est pas nécessaire à l'équilibre des intérêts que les deux parties soient liées au même instant.

La solution inverse nous paraît au contraire s'imposer : on ne tient pas assez compte dans l'opinion courante du danger que nous avons déjà signalé et qui consiste à méconnaître les droits de l'une des parties; c'est tomber dans ce défaut que déclarer les deux parties liées à un moment unique.

Il importe pour le comprendre d'établir certains points : tout contrat se compose de deux éléments essentiels, l'offre et l'acceptation dont chacune a une valeur distincte et un existence juridique indépendante avant même qu'elles ne se rencontrent. Ce sont, comme nous le montrerons, *deux déclarations de volonté*, qui, en principe, n'ont d'effet que du jour où elles arrivent à la connaissance de l'intéressé ; cela est admis par tout le monde en ce qui concerne l'offre, les partisans de la théorie de l'information reconnaissent que cela est également vrai pour l'acceptation, mais les partisans de la théorie de la déclaration le nient en ce qui concerne cette dernière ; nous

montrerons qu'ils sont dans l'erreur et qu'aucune différence à ce point de vue ne saurait s'élever entre les deux éléments constitutifs du contrat.

L'auteur d'une déclaration n'est donc lié par elle qu'autant que *l'autre partie la connaît :* jusque-là sa volonté lui appartient, il peut la révoquer, mais faut-il dire que rien n'est fait jusqu'à ce moment? Cela est évidemment contraire à la réalité des choses et à l'intention des parties. Toute déclaration de volonté en matière de contrat passe forcément par deux phases : l'émission par son auteur, la réception par l'intéressé. De ce que cette dernière marque le moment où la volonté est définitivement acquise il ne s'ensuit pas que la première doive être complètement négligée : elle est au contraire essentielle, la réception n'est qu'une conséquence de l'émission; son importance n'apparaît que lorsqu'un changement de volonté s'est produit pour déterminer s'il est intervenu en temps utile, mais normalement l'émission est le seul fait dont on doive tenir compte parce que c'est celui qui marque quand la partie a voulu. Or le but de chacun dans un contrat est de s'emparer de la volonté de l'autre : l'acceptant en émettant l'acceptation s'empare de la volonté de l'offrant.

Ceci posé n'aurons nous pas montré que *les parties doivent être liées l'une après l'autre* si l'on veut entre elles tenir la balance égale; admettre le contraire, c'est suivant les cas avantager l'une ou sacrifier l'autre, c'est avantager celle qui devrait être liée la première: l'offrant, dans la théorie de l'information; c'est sacrifier celle qui devrait être liée la dernière : l'acceptant, dans la théorie de la déclaration. En somme l'équilibre des intérêts en présence exige qu'on accorde à chacun le droit de révoquer

librement sa volonté, mais il exige aussi qu'on lui enlève ce droit dès que la volonté de l'autre est survenue et lui en a enlevé la libre disposition.

Cette vérité serait facilement aperçue si l'on adoptait une conception plus juste de l'égalité que l'on doit aux parties : il ne s'agit pas en effet de se demander si en déclarant le contrat conclu à tel moment ou à tel autre, les parties sont ou non traitées d'égale façon, il faut envisager en détails une situation des plus complexes et ne pas se laisser éblouir par l'importance exagérée qu'on attribue au moment de la formation. Il s'agit en effet de faire aux parties une situation égale pendant la conclusion du contrat, et pour cela *il faut analyser la situation*, se demander les *différentes phases* par lesquelles on passe, voir à chacune d'elles quels sont les *résultats acquis* et voir si avant la conclusion du contrat rien n'est fait en faveur de l'un des contractants.

Cette constatation une fois faite « des phénomènes naturels tels qu'ils dérivent et du procédé employé et de la volonté qui l'a mis en œuvre (1) », une opération de contrôle s'imposera : rapprocher les conclusions auxquelles nous serons arrivés, conclusions exclusivement déduites de considérations pratiques par une méthode rationnelle, des principes généraux du droit pour voir si rien ne les condamne, si rien dans le code ne s'oppose à ce qu'on distingue dans une volonté le moment où elle est émise, du moment où elle arrive à destination ; si rien ne s'oppose à ce que l'une des parties soit irrévocablement liée lorsque l'autre est encore libre ; c'est un contrôle que nous ferons au fur et à mesure de nos constatations pra-

(1) *Saleilles*, Déclaration de volonté, p. 148.

tiques, lesquelles doivent toujours passer au premier rang et que le silence du législateur suffit à légitimer.

Si nos conclusions sont exactes et si nous avons réussi à démontrer que le moment de la formation du contrat n'existe pas ou du moins qu'il n'est pas le même pour chacune des deux parties, il nous restera une charge à remplir : localiser les différentes conséquences qu'on attache ordinairement à la formation du contrat. Il nous faudra dire à quel moment les effets du contrat se produisent, à quel moment par exemple dans une vente, la propriété et les risques changent de titulaire ; il nous faudra déterminer quel est le tribunal compétent en vertu de l'article 420, Pr. c., c'est-à-dire, voir ce que le Code a entendu par promesse et en quel lieu elle se réalise ; il nous faudra enfin examiner quelle est la loi applicable au cas où les deux parties seraient de nationalités différentes et habiteraient dans deux pays différents.

Notre plan est donc tout tracé : nous allons examiner d'abord dans deux chapitres distincts, chacun des éléments essentiels du contrat : l'offre et l'acceptation ; nous les considérerons en eux-mêmes indépendamment de l'influence qu'ils exercent l'un sur l'autre et nous verrons quelles sont leurs conditions d'existence et d'efficacité. Après cela, nous verrons ce qui se produit lorsque l'une s'ajoute à l'autre, nous assisterons à leur rencontre et à la naissance du lien contractuel ; nous déterminerons enfin dans trois chapitres, quel est le moment où le contrat produit ses effets, quel est le tribunal compétent pour examiner les contestations qui peuvent surgir, quelle est enfin la loi applicable au contrat lorsque les deux parties habitent en des pays différents.

## CHAPITRE II

### L'OFFRE

« La proposition et l'acceptation sont les deux termes du consentement. Toute convention commence par la proposition ; elle s'achève par l'acceptation. Supprimez l'un de ces termes et vous n'aurez absolument rien. Une offre inacceptée est un acte stérile impuissant à transférer aucun droit et une acceptation sans offre préalable est une chose impossible, absurde, qui ne répond à rien. Pour acquérir, il ne suffit pas effet qu'on m'offre, il faut que j'accepte, il ne suffit pas non plus que je veuille acquérir si l'on ne me fait pas d'offres. Votre volonté seule ne me transfère donc rien pas plus que ma volonté seule n'acquiert (1). » C'est à l'étude du premier de ces termes, l'offre, que nous allons nous livrer.

Il importe à ce point de vue d'établir nettement la situation et de voir les différences qui séparent les deux manières de contracter entre absents. Dans le contrat par correspondance, l'offre est un acte spontané de l'offrant dû à sa seule initiative et à sa seule volonté ; dans le contrat

(1) *Larombière*, Obligations, t. I, art. 1101, p. 6.

par commis-voyageur au contraire, nous avons déjà signalé le fait, la première manifestation de volonté, celle du tiers, constitue déjà un accord ; c'est un acte provoqué, quelquefois même arraché par l'habileté du commis, cela entraîne des conséquences importantes que nous aurons à signaler (1).

Des difficultés s'élèvent quelquefois sur *l'existence de l'offre* parce que la volonté humaine peut varier à l'infini : en présence d'une manifestation de volonté faite en vue d'un contrat, il faudra parfois se demander si son auteur a entendu faire une offre ferme qu'il n'y a plus qu'à accepter ou si au contraire il ne s'est pas borné à provoquer une offre de la part de celui à qui il s'adresse, offre qu'il devra accepter. La question se pose lorsque la volonté de contracter est manifestée dans une *circulaire* ou *une annonce* ; la circulaire et l'annonce constituent-elles une offre ou un simple moyen de publicité? Le Code de commerce allemand (art. 337), décide que « l'offre de vente qui est faite à plusieurs personnes, spécialement par la communication de prix courants, de catalogues, d'échantillons, ou de modèles, n'est pas une offre obligatoire », c'est également la conception d'Ihering qui déclare « qu'il dépend de l'auteur de l'annonce non seulement de la retirer lui-même en tout temps, mais encore de repousser quicon-

(1) Rappelons qu'il ne sera question désormais que du commis-voyageur n'ayant pas les pouvoirs suffisants pour traiter définitivement, c'est alors seulement, nous l'avons dit, qu'il y a contrat entre absents. Ajoutons d'ailleurs que s'il est question dans ce chapitre de la déclaration du tiers c'est non pas que nous le considérions comme l'offrant, mais parce que des deux manifestations de volontés nécessaires au contrat la sienne se produit la première comme l'offre dans le contrat par correspondance.

que veut contracter avec lui à ce propos (1). » En effet, dit-on (2), pour qu'il y ait offre, il faudrait que l'auteur de la circulaire ou de l'annonce eut à un moment quelconque l'envie ferme de contracter : or il suffit de réfléchir un instant pour voir que cela n'est pas possible et qu'il n'a pas pu vouloir sérieusement s'engager envers tous ceux qui liraient son annonce ou tous ceux qui recevraient le prospectus. Qu'il promette de livrer une marchandise ou d'accomplir une prestation, il s'est forcément réservé le droit de choisir parmi tous ceux qui s'adresseraient à lui ; il s'est, en un mot, réservé le droit d'accepter les offres qui lui seraient faites. C'est ce qu'on exprime encore sous cette forme : « celui qui envoie un prospectus fait une simple proposition qui ne lie pas, il peut vendre à d'autres acheteurs qui se présentent dans ses magasins et ceux qui ont reçu sa circulaire, ne peuvent s'en plaindre (3). »

Nous ferions volontiers à ces auteurs le reproche de ne pas se placer au véritable point de vue ; il ne s'agit pas de savoir si l'expéditeur d'un prospectus sera obligé de tenir sa marchandise à la disposition de ceux à qui il l'offre, mais bien s'il sera obligé de la livrer à supposer qu'il l'ait encore à sa disposition au moment de l'acceptation ; cela seul nous intéresse pour le moment, quant à savoir si l'envoi du prospectus immobilise la chose offerte entre les mains du vendeur ou si plutôt ce dernier n'a

(1) *Ihering*, Œuvres choisies, t. II. Culpa in contrahendo, nº 39, p. 86.

(2) *Troplong*, Vente, t. I, nº 124 ; *Desjardins*, Droit maritime, t. III, nº 787.

(3) *Troplong*, Vente, t. I, nº 124.

pas le droit en la vendant de révoquer sa proposition, c'est une autre question que nous examinerons plus loin.

La circulaire ou l'annonce constitue à notre avis une *offre obligatoire* (1) ; qu'importe à celui qui reçoit l'offre le nombre plus ou moins grand de ceux qui sont dans le même cas que lui ; l'offre est individuelle pour chacun de ceux qui la reçoivent et qui n'ont pas à rechercher ni à s'enquérir si leur voisin a été favorisé du même envoi, par conséquent si au reçu du prospectus l'acheteur vient dans les magasins du marchand demander la chose offerte, et si celui-ci l'a encore, il est obligé de la livrer parce que les volontés ont concouru et que la vente est parfaite.

Cela est d'ailleurs conforme à l'intérêt général; il serait tout à fait injuste, par exemple, de permettre à une compagnie de transports qui a publié son tarif de choisir ceux envers qui elle voudra s'obliger ; ses services sont acquis à tous ceux qui les acceptent parce qu'elle a fait une offre qui s'adressait à tout le monde : « celui qui s'engage envers le public s'engage par cela même envers les particuliers ; en d'autres termes, le consentement exprès qu'il donne à son engagement envers le public, renferme un consentement tacite d'admettre les particuliers dont la réunion compose le public à se prévaloir de cet engagement (2). » L'offrant ne saurait d'ailleurs se plaindre qu'on l'oblige à exécuter sa promesse ; il a dû en peser les termes et ne s'engager à rien qu'il ne pût tenir ; tant pis pour lui s'il s'est trompé, et en tout cas notre solution ne « peut nuire qu'à une catégorie de personnes

(1) *Bédarrides*, Achats et Ventes, n° 112; *Laurent*, t. XV, n. 474; *Lyon-Caen* et *Renault*, Traité, t. III, n. 22.

(2) *Massé*, Droit commercial, t. III, n° 1458.

fort peu recommandables, des marchands qui offrent à des prix peu élevés des marchandises qu'ils n'ont pas, pour nuire à leurs concurrents et attirer chez eux des clients auxquels ils réussiront peut-être à faire acheter d'autres objets » (1).

C'est la manière de voir de la jurisprudence qui décide que les annonces faites au public constituent des propositions obligatoires et que le contrat est formé par le seul fait de leur acceptation.

Ainsi une Compagnie de bateaux à vapeur s'était refusée à recevoir des marchandises qu'un négociant voulait lui confier pour les transporter, bien que ce négociant se conformât à toutes les exigences exprimées dans les prospectus de la Compagnie et que le navire sur lequel il voulait faire ce chargement pût l'embarquer sans aucun inconvénient ; la Cour d'Aix jugea que le refus de la Compagnie ne reposait sur aucun motif sérieux et par suite la condamna à en supporter les conséquences (2).

De même, la Cour de cassation a rejeté la prétention d'un capitaliste qui, après avoir annoncé qu'il se portait

(1) *Guillouard*, Vente, t. I, nº 19.

(2) *Aix*, 8 février 1853. D. P. 55. 2. 329. Voici les termes de l'arrêt : « Attendu, qu'il s'agit de l'inexécution alléguée par Hernandez d'un engagement qui s'est formé entre le commerce en général et les compagnies de bateau à vapeur espagnols tenant la ligne de Marseille à Barcelone et les divers ports de la côte d'Espagne jusqu'à Cadix, par l'annonce répétée dans les affiches et l'insertion dans les journaux du départ régulier par mois, aux jours fixés, moyennant un fret également tarifé suivant la nature de la marchandise... » Cf. *Trib. com. Marseille*, 1er mai 1891. Revue dr. int. marit. 1891-92, p. 44 ; *Bordeaux*, 8 mars 1881. D. P. 82. 2. 208 ; *Cass.*, 3 décembre 1867. D. P. 67. 1. 471 ; *Cass.*, 21 avril 1857. D. P. 57. 1. 176.

garant du payement de toutes les betteraves qui seraient vendues à une sucrerie désignée, voulait se soustraire à cet engagement à l'égard des producteurs de betteraves auxquels sa promesse avait été transmise par la rumeur publique (1).

Mentionnons encore un arrêt de la Cour de Grenoble aux termes duquel un assuré ne peut plus s'élever contre la cession du portefeuille de la Compagnie, envers laquelle il s'était engagé, à une autre compagnie, lorsqu'il a reçu sans protestation une quittance, précédée d'une circulaire d'avis portant les mots suivants en grosses lettres : « La Compagnie X... substituée à la Compagnie Y... (2). »

La Cour de Bordeaux a fait cependant l'application de la doctrine contraire à une espèce où il s'agissait de souscription à un ouvrage de librairie (3), et la Cour de Paris donnait la même solution en matière d'émission de valeur de Bourse déclarant que « la demande d'actions adressée au gérant ne suffit pas pour lier le souscripteur et le faire considérer comme actionnaire si la compagnie ne lui a pas fait connaître que sa demande était acceptée » (4). M. Buchère approuve hautement cette jurisprudence dans son Traité des valeurs mobilières (n° 362) « La Cour de Paris, dit-il, a fait une application régulière des véritables

(1) *Cass.*, 29 nov. 1869. D. P. 70. 1. 204 ; Adde. *Justice de paix Montdidier*. 14 mars 1893. Gaz. Pal. 93. 2. 206.

(2) *Grenoble*, 17 novembre 1880. D. P. 84. 5. 31.

(3) *Bordeaux*, 13 juin 1853. D. P. 55. 2. 258.

(4) *Paris*, 16 févr. 1850. D. P. 52. 2. 150 ; 10 août 1850. D. P. 52. 2. 197 ; 17 avril 1852. D. P. 52. 5. 381 ; 22 janvier 1853. D. P. 54. 2. 258 ; 16 novemb. 1853. D. P. 55. 2. 126 ; 11 janvier 1854. D. P 55. 2. 139.

principes en décidant que la demande formée par lettre missive, d'un certain nombre d'actions dans une société industrielle, ou même la signature apposée sur les formules d'engagement distribuées par la société, ne constituent une obligation pour les souscripteurs que s'il y avait eu de la part du gérant, réponse ou acte d'acceptation de la souscription ». Cela nous paraît contestable : l'éditeur et la société n'ont rien à accepter puisque ce sont eux qui ont fait l'offre.

Bien entendu, pour qu'il en soit ainsi, il est indispensable que la circulaire ou l'annonce s'explique *sur tous les points essentiels du contrat*. une circulaire qui ne porterait pas les prix demandés serait une simple réclame, elle ne pourrait pas en effet constituer un élément de l'accord sur le prix et l'acceptation qui en serait faite ne pourrait produire aucun effet.

Cela va nous permettre de préciser la portée qu'il faut attribuer à l'idée courante que l'exercice d'une profession constitue une offre permanente à l'égard du public (1). Cette manière de s'exprimer n'est pas rigoureusement exacte ; sans doute, en fait, il arrivera souvent qu'un commerçant sera lié à l'avance envers ceux qui voudront traiter avec lui, mais ce ne sera pas par l'effet de l'exercice de sa profession ; j'aurai beau aller trouver un architecte, et lui commander une maison, un cordonnier et lui demander des souliers, un pâtissier et lui commander des gâteaux, ces personnes ne seront liées envers moi que si elles ont auparavant fait connaître d'une manière générale à quelles conditions elles étaient prêtes à

(1) *Larombière*, Obligations, t. I, art. 1101, n° 23.

traiter. En sorte que ce n'est pas le fait d'exercer telle profession, mais bien l'offre qu'un négociant peut avoir adressée au public qui le lie envers ceux qui acceptent : en somme, les commerçants ne sont obligés de traiter que sur les bases qu'il ont eux-mêmes déterminées (1).

Remarquons d'ailleurs que la question de l'existence de l'offre se posera toutes les fois que l'offre résulte d'un *simple fait* ; pourquoi le stationnement d'un fiacre sur une place publique donne-t-il au premier venu le droit de s'y introduire et d'exiger qu'on le transporte ; pourquoi le stationnement d'un ouvrier sur une place, attendant du travail, comme cela se fait dans certaines villes, ne l'oblige-t-il pas à suivre tous ceux qui le requièrent d'exercer sa profession ? Tout simplement parce que dans le premier cas il existe un tarif auquel le cocher est obligé de se soumettre, et que le voyageur accepte en montant dans la voiture, tandis que dans le second, l'ouvrier ne s'étant pas expliqué sur les conditions du travail, celles-ci sont à débattre, l'offre n'existe pas, l'acceptation ne peut pas se produire.

Une seconde condition pour que la circulaire ou l'annonce constitue une offre obligatoire lorsqu'elle s'explique sur tous les éléments du contrat, c'est qu'elle ne contienne *aucune réserve* : lorsqu'elle contient implicitement ou explicitement des réserves qui donnent à son auteur la faculté d'entrer en relation avec les clients de son choix, et rien qu'avec ceux-là, l'offre véritable émane alors du client ; les annonces n'ont pour but que de la provoquer en laissant l'instigateur du contrat maître de consentir à

(1) *Laurent*, Principes de Droit civil, t. XV, nº 474.

sa formation ou de s'y refuser (1). Ces réserves peuvent être expresses ; un négociant, pour augmenter le nombre de ses affaires, se propose de vendre à très bas prix ; il entend ne livrer qu'au détail, car sans cela ses concurrents s'approvisionneraient dans ses magasins et pourraient facilement lutter contre lui : il aura le droit de refuser d'exécuter une commande exagérée. Ces réserves peuvent d'ailleurs être tacites et résulter soit de la nature du contrat à passer, soit de la profession exercée par l'offrant.

Cela se produira pour les contrats qui ne se forment qu' « intuitu personæ » comme le louage de services, la société, le mandat et où la formation du contrat dépend de cette condition que la personne de l'acceptant conviendra au proposant. Il en serait de même lorsqu'à raison de certaines circonstances inhérentes à la personne du client, il est à présumer que l'auteur des annonces n'a pu le comprendre parmi les individus auxquels il adressait ses offres. Ainsi on pourrait reconnaître à un aubergiste le droit de ne pas recevoir chez lui des bohémiens dont la présence causerait le départ des autres voyageurs ; à un perruquier de refuser ses soins à un individu atteint d'une maladie contagieuse ; à un charpentier de ne pas confectionner un instrument de supplice, travail dont l'accomplissement serait de nature à lui attirer l'aversion publique et à éloigner la clientèle (2).

Nous connaissons maintenant les conditions pour qu'une manifestation de volonté constitue une offre par rapport

(1) *Valery*, op. cit., nº 230. Cf. *Nantes*, 2 avril 1871. R. Nantes 71. 1. 141 ; *Trib. civil Carpentras*, 18 fév. 1890. Gaz. trib. 12 avril 1890.

(2) *Valery*, op. cit., nº 231.

à celui qui l'émet, il nous reste à déterminer *à partir de quel moment* celui à qui elle s'adresse pourra s'en prévaloir. N'oublions pas en effet que nous étudions la formation des contrats et que l'offre part d'un lieu pour arriver dans un autre ; il s'agit de savoir à partir de quel moment le destinataire de l'offre pourra s'emparer de la volonté de l'offrant et le lier par son acceptation.

L'offre est, avons-nous dit, une déclaration de volonté qui s'adresse à quelqu'un ; il semble donc logique de la considérer comme non avenue à l'égard du destinataire tant qu'elle ne lui est pas parvenue ; l'offre en un mot ne doit produire effet qu'à dater de ce moment, jusque-là l'offrant peut la reprendre et empêcher la conclusion du contrat. On comprend dès lors tout l'intérêt qui s'attache à la question de savoir ce qu'il faut entendre par *arrivée de l'offre à destination :* est-ce le moment où celui à qui elle s'adresse la reçoit, ou celui où il en prend connaissance ?

Logiquement cette dernière solution paraît s'imposer ; pourquoi déclarer une volonté irrévocable parce que la lettre qui la contient est arrivée à son adresse ? Le destinataire de la lettre en ignore le contenu et par conséquent l'expéditeur peut toujours en disposer; c'est en ce sens que la Cour de Bordeaux a décidé que « de même qu'on n'est pas lié par des paroles proférées mais non entendues de la personne avec qui l'on traite verbalement, de même on peut retirer une promesse, une offre faite par une lettre expédiée mais non lue par le destinataire de cette lettre (1). » Cette argumentation irréfutable se heurte cependant à des considérations pratiques assez sérieuses ; il sera souvent

(1) *Bordeaux*, 17 janvier 1870. D. P. 71. 2. 96.

difficile, pour ne pas dire impossible, d'établir à quel moment précis le destinataire de la lettre en a pris connaissance ; la preuve de la réception sera au contraire plus facile et c'est cette considération toute de fait qui nous pousse à adopter cette dernière solution : l'offre produit effet à dater de sa réception par le destinataire. Remarquons que l'intérêt pratique de cette distinction entre la réception de l'offre et sa perception n'est pas considérable parce qu'on prend généralement connaissance des lettres que l'on reçoit aussitôt qu'elles vous arrivent (1).

Il est d'ailleurs une hypothèse où la distinction paraît impossible, c'est en ce qui concerne les offres adressées *au public* par voie d'annonces ou d'affiches ; l'offrant n'ayant employé aucun procédé de transmission directe de sa proposition à chaque intéressé, il paraît difficile de parler de réception ; l'offre n'existera pour chacun d'eux qu'à partir du moment où il en aura pris connaissance. S'ensuit-il que jusque-là l'auteur de la pollicitation peut la reprendre, nous ne le pensons pas ; l'offrant s'est en effet adressé au public en général, c'est vis-à-vis de ce dernier qu'il faut se placer pour apprécier l'effet de l'offre; il s'agit de trouver un fait qui soit à l'égard du public ce qu'est la réception à l'égard du destinataire d'une lettre missive : la réception marque le moment où le destinataire a pu prendre connaissance de la lettre, à quel moment le public a-t-il pu prendre connaissance de l'offre contenue dans une affiche ou un journal ? Évidemment lorsque le journal a paru, lorsque l'affiche a été collée sur les murs ; à partir de ce moment l'offre existe et doit produire son effet.

(1) *Saleilles*, décl. de vol., p. 123.

L'offre peut donc être révoquée tant qu'elle n'a pas été reçue par celui à qui elle s'adresse. Cette *révocation* n'est d'ailleurs elle-même qu'une *déclaration de volonté*, et tout ce que nous avons dit de l'offre s'y applique exactement : elle n'a d'effet qu'après son arrivée à destination. Comme l'a dit le Tribunal de commerce de la Seine, « le fait de l'envoi d'une offre par lettre constitue le dépôt de l'offre au domicile indiqué par la suscription... Dès lors, le retrait de l'offre ne peut avoir effet à l'égard du destinataire de cette dernière qu'au moment où ce retrait est déposé à son domicile » (1) ; par suite, pour faire tomber la proposition, il faut qu'elle arrive avant ou au plus tard en même temps que l'offre elle-même (2). Les deux lettres forment ainsi un tout dont une partie annule l'autre, et tout autre décision serait forcément arbitraire ; il n'est pas possible en effet de ne considérer comme efficace que la lettre qui est lue la première, ce serait livrer au hasard le soin de décider s'il y a ou non offre valable. On ne peut pas non plus suivre l'ordre de date des deux lettres (3), parce qu'en notre matière, la lettre n'a de date vis-à-vis du destinataire que du jour où elle lui est remise.

Nous avons ainsi épuisé toutes les questions que soulève l'existence de l'offre à l'égard des deux parties. Il y aura offre obligatoire toutes les fois que la volonté de contracter, manifestée d'une manière complète et sans réserve, sera parvenue à destination sans avis contraire

(1) *Trib. com. Seine*, 19 janvier 1869. D. P. 70. 2. 6 ; Contrà : *Bordeaux*, 17 janvier 1870. D. P. 71. 2. 96.

(2) *Bordeaux*, 13 juin 1853. D. P. 55. 2. 322.

(3) *Darquer*, Contrat par correspondance, p. 145.

notifié antérieurement. Il nous faut maintenant voir quels sont les *effets de l'offre* et nous demander en premier lieu si l'offrant peut révoquer sa proposition tant qu'elle n'est pas acceptée.

Sans doute, tant que l'acceptation n'est pas intervenue, le contrat n'est pas formé : l'acceptation peut seule imposer aux parties des obligations respectives : mais la question est justement de savoir si l'offrant peut toujours par une révocation neutraliser la volonté de l'acceptant, ou si au contraire celui-ci n'a pas, au moins durant un certain délai, droit acquis à accepter.

La solution ne saurait faire aucun doute lorsque le contrat est conclu par l'intermédiaire d'un commis-voyageur. Nous avons indiqué au début de ce chapitre la différence notable qui existait entre l'offre par lettre et la volonté de contracter manifestée par le tiers, c'est le moment d'y insister.

La première manifestation de volonté dans le contrat par commis-voyageur est déjà, nous l'avons dit, le résultat d'un accord : le commis et le tiers ont débattu ensemble les conditions du marché, ils en ont arrêté les lignes essentielles que la maison de commerce représentée par le commis n'aura qu'à approuver. Certainement le fait qu'une déclaration, au lieu d'émaner d'un auteur unique, est l'œuvre de deux ou de plusieurs personnes ne saurait en changer la nature, et sa révocation serait d'une manière générale possible si tous ceux qui l'ont émise s'entendaient pour la faire tomber ; mais dans notre hypothèse la situation spéciale de l'une au moins des personnes qui l'ont élaborée, nous oblige à poser des règles particulières. Le commis-voyageur, en effet, n'est pas un *tiers quelconque*, il est le mandataire de l'une des

parties; lorsque le tiers parle au commis, c'est comme s'il parlait à son maître, et celui-ci parle au tiers par la bouche du commis. Lorsque le commis vient trouver un négociant sans avoir les pouvoirs suffisants pour traiter d'une manière définitive, c'est comme si le maître venait en personne affirmer son intention de contracter, mais aussi sa volonté de ne pas s'engager actuellement d'une manière définitive. Le tiers, lui, ne fait pas la même réserve et son obligation prend naissance le jour même où il traite avec le commis.

Nous pouvons rapprocher cette hypothèse de la *promesse unilatérale de vente*, en droit civil. Le vendeur s'engage à exécuter le marché le jour où l'acheteur le voudra : le vendeur est lié du jour de sa promesse envers l'acheteur toujours libre et dont la volonté seule décidera de la conclusion du contrat. N'est-ce pas la même chose dans l'hypothèse qui nous occupe ? Le tiers sait très bien qu'il n'achète pas, puisque le commis n'a pas le droit de vendre ; il sait très bien qu'il ne fait pas une simple proposition, parce qu'alors la présence du commis ne s'expliquerait pas, à moins de ne le considérer que comme un agent de publicité ; en réalité, le tiers s'engage à acheter, il fait une promesse d'achat dont le commis s'empare au nom de la maison qu'il représente, et cette promesse deviendra une vente parfaite par la ratification, c'est-à-dire par le consentement de la maison ajouté au consentement que le tiers a exprimé en présence du commis.

On comprend dès lors que le tiers ne puisse pas révoquer sa volonté : il est lié *à dater de sa promesse* et la ratification formerait le contrat malgré la rétractation survenue. Cela n'est pas douteux et la Cour de cassation a fait l'application de ce principe dans un arrêt du 25 no-

vembre 1896 par lequel elle cassait une décision du tribunal de Sidi-bel-Abbès, rendue dans l'espèce suivante : le 27 avril 1892 le sieur Laculé, commissionnaire de la librairie Larousse, faisait souscrire le défendeur Behr à un exemplaire relié du grand dictionnaire de cette librairie pour le prix de 750 francs, payable 30 francs par trimestre ; dès le 5 mai suivant, le souscripteur écrivit à la maison Larousse pour lui demander de considérer sa souscription comme nulle et non avenue : le 3 juin de la même année, cette maison lui écrivait ce qui suit : « Avant de répondre à votre lettre du 5 mai dernier, nous avons attendu le retour de M. Laculé, ne pouvant de notre autorité privée annuler une affaire régulièrement traitée par un représentant de commerce dans l'exercice de ses fonctions ; or, M. Laculé nous dit que, voyageant à la commission, il ne peut être exposé à perdre le fruit de son travail, sa commission est d'ailleurs payée et par principe il se refuse à vous donner satisfaction, comme c'est son droit ; nous vous expédions donc le Larousse... » Le sieur Behr saisit du différend le tribunal compétent, qui lui donna raison en ces termes : « Attendu qu'il s'agit de décider si, étant données les circonstances, Larousse et C^ie^ sont fondés à poursuivre la validité de la promesse d'achat du 27 avril 1892 ou si, au contraire, Behr est en droit de ne pas tenir cette promesse et de repousser la demande ; — Attendu que pour trancher cette question il y a lieu de se reporter aux principes généraux en matière de promesse de vente d'une part et en matière de marchés par commis-voyageur d'autre part ; — Attendu tout d'abord que la promesse unilatérale de vente est valable et dûment obligatoire dès que le bénéficiaire en a pris acte, l'a acceptée ; — Attendu que de même qu'il peut y avoir promesse de

vente, il peut y avoir promesse d'achat... mais attendu qu'une simple promesse, tant qu'elle n'a pas été acceptée, ne forme qu'une simple pollicitation susceptible de révocation ; — Attendu qu'il échet de faire application de ces règles en l'espèce, puisqu'il appert des termes de la lettre ci-dessus que la maison Larousse n'avait pas encore accepté la souscription de Behr lorsque celui-ci a révoqué sa promesse ; — ... Attendu que Behr a donc pu à bon droit se considérer comme délié de l'engagement qu'il avait pris, puisque lors de sa rétractation le marché conclu par le sieur Laculé au nom de la maison Larousse n'avait pas été ratifié par celle-ci et n'était pas encore définitif (1)... » La situation serait donc la même, d'après le tribunal, que si Behr avait écrit directement à la maison Larousse pour lui commander un dictionnaire : la Cour de cassation a refusé de sanctionner cette manière de voir et elle a décidé à bon droit « qu'il existait de la part du défendeur un engagement unilatéral qu'il n'était plus en son pouvoir de rétracter. »

La question est plus délicate lorsque la proposition est *contenue dans une lettre*, l'offrant peut-il la révoquer, après sa réception par l'autre partie, tant qu'elle n'est pas acceptée ?

Pas de difficulté lorsque l'offrant a fixé lui-même un délai pendant lequel il attendrait l'acceptation : la révocation de l'offre serait absolument sans résultat dans le délai et n'empêcherait pas la formation du contrat (2).

La solution est plus douteuse lorsque rien n'a été dit

(1) *Sidi-Bel-Abbès*, 1er mars 1894 sous *Cass.*, 25 nov. 1896. D. P. 97. 1. 34.

(2) Contrà : *Larombière*, Obligat., t. I, art. 1101, nº 14.

par l'offrant. On a soutenu (1), tout en faisant des réserves au nom de « l'équité naturelle », qu'en droit strict la pollicitation n'oblige pas son auteur dont la liberté reste entière : la révocation de l'offre est, dit-on, possible même aussitôt que le destinataire en a pris connaissance, peu importe que le temps matériel ait fait défaut pour l'examiner et y répondre. — En effet, paraît-il, décider le contraire, ce serait imposer une restriction à la liberté du pollicitant ; or, sa liberté en principe reste entière, car sa volonté seule est en cause ; lui seul pourrait l'enchaîner et une simple offre ne lui impose aucun lien. Au surplus, ajoute-t-on, la question est tranchée en faveur de la liberté par le silence du législateur qui, à la différence de plusieurs codes étrangers, n'a fixé aucun délai pendant lequel l'offre devrait être maintenue : dans cette opinion, l'offre peut être révoquée à tout instant. Cela n'est pas sans inconvénient pour celui qui l'a reçue.

Supposons que, comptant sur elle, il en ait refusé d'autres ou que la chose offerte ait augmenté de valeur, un préjudice considérable va peut être résulter pour lui de la non conclusion du contrat ; ce serait une singulière façon d'encourager les opérations commerciales et personne ne voudra traiter par lettre si la volonté, ainsi manifestée, n'a pas plus de stabilité.

On l'a compris et l'on accorde généralement au destinataire de l'offre le droit de réclamer *des dommages-intérêts* en réparation du préjudice causé par un changement de volonté intempestif de la part du proposant ; il doit en effet supporter la conséquence de ses actes : « ou

(1) *Laurent*, Principes de dr. civil, t. XV, n° 476 ; Cf. *Valery*, op. cit., n° 173 ; *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Oblig., t. I, n° 31.

l'auteur de l'offre, a-t-on dit, a fait une demande irréfléchie ou il ne cherche en se rétractant qu'à éviter une perte que les circonstances lui font entrevoir. Qu'on lui permette de reprendre sa parole, soit, mais à la condition de remettre celui qu'il a provoqué dans la position qu'il avait avant sa révocation (1). »

Si, quittant le domaine de la pratique, on veut examiner la solution donnée à la lueur des principes, on éprouve quelque embarras à justifier les dommages-intérêts prononcés contre l'offrant. L'article 1382 C. civ. n'a rien à voir en notre matière : « neminem lœdit qui suo jure utitur », et puisqu'on reconnaît en principe à l'offrant le droit de révoquer sa volonté, on est mal venu à lui faire un grief de l'exercice de ce droit. On ne saurait évidemment parler de responsabilité contractuelle, puisque la condamnation n'intervient que parce que le contrat n'est pas formé. Faut-il admettre avec Ihering (2) que « lorsque l'auteur de l'offre la révoque, il doit se dire que celui à qui il l'a faite a peut-être déjà, quand la lettre de révocation lui parvient, commencé à exécuter le contrat » que « s'il veut éviter tout reproche, il doit s'assurer d'abord que cela n'a pas encore eu lieu ou bien soumettre sa révocation à cette condition ; s'il le néglige, il y a une « culpa in contrahendo » à se résoudre à l'aveuglette à une démarche qui, selon que la connaissance en parviendra ou non en temps utile à la partie adverse, lui sera indifférente ou lui causera un dommage. » Faut-il, comme M. Valéry (3), justifier ces dommages-intérêts par l'usage, usage absolument indispen-

(1) *Bédarrides*, Achats et Ventes, n° 106.

(2) *Ihering*, Œuvres choisies, II. Culpa in contrahendo, n° 36.

(3) *Valery*, Contrat par correspondance, n° 187.

sable à la pratique commerciale et qui n'étant contredit par aucun texte, doit avoir force de loi. Toutes ces explications en réalité ne valent rien; si la révocation de l'offre est légitime, l'offrant ne doit pas en supporter les conséquences.

C'est ce que n'ont pas hésité à admettre certains auteurs (1), qui *refusent* au destinataire de l'offre *toute réparation* du préjudice causé. L'offrant, disent-ils, n'a violé aucune obligation, il n'a commis aucun fait illicite; tant pis pour l'acceptant s'il a cru pouvoir tabler sur une offre essentiellement révocable : l'auteur de l'offre n'a à rendre compte à personne de son changement de volonté, car sa volonté n'a donné de droit à personne.

Mais qui ne voit alors l'injustice du résultat ? L'acceptant supporte un préjudice exclusivement causé par l'offrant, car il est clair que si l'offre ou la révocation ne s'était pas produite, le préjudice n'aurait pas existé; il est impossible dans ces conditions d'abandonner le destinataire de l'offre à son malheureux sort, et il n'y a qu'un moyen équitable et juridique de lui venir en aide, c'est de déclarer le contrat formé par son acceptation. Pothier (2) l'admettait déjà, mais il avait le tort de justifier l'exécution du contrat par l'obligation de réparer le préjudice causé, c'est-à-dire d'accorder la conclusion du contrat à titre de dommages-intérêts.

En réalité, la formation du contrat n'est que le résultat de l'accord intervenu entre les parties ; on dit bien que dans le silence du législateur, l'offrant a le droit absolu

(1) *Laurent*, Principes de droit civil, t. XV, n° 479; *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Obligat., t. I, n° 32.

(2) *Pothier*, Vente, n° 32.

de révoquer son offre tant qu'elle n'a pas été acceptée, mais il ne faut pas oublier que nous sommes dans un domaine où la volonté du législateur s'est très peu manifestée ; dans un domaine où son silence nous permet d'adopter les solutions les plus conformes à l'intérêt général. Or, on ne saurait nier que « dans toute société civilisée, il est nécessaire au maintien du bon ordre et au développement du bien-être, que la formation des contrats et leur exécution rencontrent le moins d'obstacles possibles. Or il n'est pas contestable qu'en imposant à l'auteur de l'offre, l'obligation de se conformer en tous points à sa proposition et de ne pas substituer le payement d'une indemnité à l'accomplissement d'une convention dont il a pris l'initiative, on engage les particuliers à se livrer plus volontiers à des marchés par correspondance et l'on favorise ainsi l'activité générale (1) ».

On invoque aussi à l'appui du droit pour l'offrant d'empêcher la conclusion du contrat la liberté absolue qui est une des caractéristiques de la volonté humaine : c'est un fait que je peux vouloir une chose aujourd'hui et que demain je peux vouloir le contraire : mais ceux qui raisonnent ainsi ne font aucune différence entre la volonté envisagée au point de vue philosophique et au point de vue juridique : en droit, une volonté ne se conçoit qu'à la poursuite d'un but, et comme pour l'atteindre le plus souvent, cette volonté doit se réunir à une autre, l'auteur d'une manifestation de volonté doit s'interdire toute révocation intempestive, « le succès réside dans la permanence de ce vouloir » (2).

(1) *Valery*, op. cit., n° 177.
(2) *Ihering*, Evolution du droit, n° 124.

L'offre doit donc durer un certain temps, pendant lequel la révocation est sans effet ; essayons de justifier en droit cette obligation imposée à l'offrant.

La question a été principalement envisagée dans l'hypothèse où l'offrant a lui-même fixé le délai pendant lequel il ne pourrait pas se rétracter. Certains auteurs ont considéré les propositions de cette nature comme décomposables en deux autres : 1° offre principale, qui est l'offre de contracter ; 2° offre accessoire de maintenir l'offre principale pendant un certain temps. Ces deux offres, dit-on, ne deviendront obligatoires que par l'acceptation de chacune d'elles, c'est-à-dire que deux contrats vont se former ; seulement, l'offre accessoire étant toute en faveur du destinataire, l'acceptation doit se présumer, le contrat est formé dès la lecture de la lettre : l'obligation de maintenir l'offre principale pendant un certain délai prend naissance à ce moment : c'est une obligation contractuelle (1). Cette argumentation, séduisante en apparence, a été contestée : on peut tout d'abord se demander en vertu de quel principe de droit l'acceptation se présume devant une offre tout en faveur du destinataire ; on pourrait objecter l'article 932 C. civ. et se demander si une acceptation expresse (2) n'est pas nécessaire pour former le contrat accessoire comme elle l'est pour former le contrat principal ; mais c'est au fond même de la théorie que nous voulons nous attaquer, parce qu'elle nous paraît absolument en dehors de l'intention des parties : « elle présume chez le destinataire de la lettre une intention d'accepter le délai qu'en fait il n'a pas eu le

(1) *Demolombe*, t. XXIV, nos 64 et 65 ; *Thaller*, Dr. commercial, n° 861 ; *Bufnoir*, Propriété et contrat, p. 480.

(2) *Pescatore*, Archivio giuridico, 1874, XII, p. 416.

plus souvent... et surtout elle présume chez l'offrant une intention de proposer un contrat accessoire que nous ne trouvons pas chez lui » (1).

Cette explication d'ailleurs, à supposer qu'on l'admette, ne vaudrait que pour le cas où un délai a été expressément stipulé : or, nous savons que l'offre doit toujours durer un certain temps, et l'on ne saurait évidemment parler d'un contrat accessoire lorsque rien n'a été dit à ce sujet. On trouve, il est vrai, dans certains arrêts, du moins en ce qui concerne les offres adressées au public, mention d'une prétendue obligation contractée « envers le commerce en général » (2). Mais c'est là une pure métaphore; ce personnage indéterminé qu'on nomme le public n'avait pas qualité pour stipuler et n'a pu stipuler au sens exact du mot : il faut donc renoncer à cette idée du *contrat accessoire*, idée aussi contraire à l'intention des parties qu'à la réalité des choses.

On ne saurait nier en effet que jusqu'à l'acceptation une seule volonté a été manifestée et toute la question est de savoir si une volonté ne peut pas se lier elle-même.

Pothier l'a contesté : « De même, dit-il, que je ne peux pas par ma seule volonté transférer à quelqu'un un droit sur mes biens, de même je ne puis pas par ma promesse accorder à quelqu'un un droit contre ma personne, jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse (3). » Mais jus-

(1) *Worms*, Volonté unilatérale, p. 176 ; *Huc*, Commentaires du Code civil, t. VII, n° 12.

(2) *Aix*, 8 février 1853. D. P. 55. 2. 329.

(3) *Pothier*, Obligations, n° 4.

tement la question n'est pas là, il ne s'agit pas de savoir si l'on peut imposer à une personne l'acquisition d'un droit qu'elle ne veut pas, il s'agit tout simplement de savoir si celui à qui un droit a été offert peut l'acquérir malgré le changement de volonté survenu chez l'offrant.

On répugne généralement à cette idée qu'une volonté unilatérale puisse engendrer une obligation à la charge de son auteur et cette opinion a pour point de départ l'importance exagérée attribuée à nos codes. Le législateur a, dit-on, limitativement énuméré les sources d'obligations, et nulle part il n'est question comme telle de la volonté unilatérale, c'est donc qu'elle a été implicitement condamnée. La conclusion n'est pas logique : la volonté unilatérale n'a pas plus été condamnée par le législateur qu'elle n'a été approuvée par lui ; la question ne s'est pas posée à son esprit, et nous pouvons la résoudre librement (1).

Le *silence du législateur suffit*, d'après nous, à légitimer la volonté unilatérale comme source d'obligations (2); rationnellement, la solution que nous défendons n'est-elle pas conforme au principe de l'autonomie de la volonté, et pourquoi exiger que les volontés particulières marchent toujours deux à deux à la conquête d'un résultat juridique? Pourquoi ne pourrais-je pas m'obliger sans qu'un autre veuille actuellement profiter de mon obligation, et pourquoi si cette volonté d'acquérir se manifeste plus tard la condamner à l'impuissance.

(1) *Geny*, Méthode d'interprétation et sources, n° 172 bis.

(2) *Worms*, op. cit., p. 176; *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Oblig., t. I, n° 33; *Huc*, Commentaire du code civil, t. VII, n° 12; *Geny*, op. cit., n° 172 bis ; *L. Duguit*, l'État et le Droit positif, p. 187.

Celui qui fait une offre poursuit un but, la formation du contrat ; et pour cela il est absolument indispensable que sa volonté persiste au moins pendant le temps nécessaire pour l'accepter ; en émettant son offre il s'est implicitement engagé à la maintenir: le nier serait admettre qu'il a voulu tout à la fois former le contrat et l'empêcher de se former. Cette volonté première l'a lié ; lui-même l'a voulu ainsi et cela pour un double motif : d'abord parce que c'était le seul moyen d'atteindre le but qu'il poursuivait, c'est-à-dire la formation du contrat ; et ensuite parce que du jour ou il a fait son offre, il a appelé à lui la confiance (1) de ceux à qui il s'adressait, et cette confiance qui se manifestera par l'acceptation, il s'est engagé à ne pas la tromper dans l'intérêt de sa réputation commerciale et du crédit public en général (2).

L'offre doit donc être maintenue pendant un certain délai exprès ou tacite, et cette obligation s'appuie uniquement sur la volonté personnelle de l'offrant.

En quoi consiste au juste cette obligation de l'offrant ? Certains auteurs, partisans sans réserve de la volonté unilatérale comme source d'obligations, le déclarent lié de la même façon que si le contrat était déjà formé : l'obligation qui résulte de l'offre est pour eux la même que celle qui résultera du contrat, seulement elle n'est pas pure et simple, elle est soumise à la condition que le destinataire de l'offre s'engagera à son tour envers l'offrant. En tout cas celui-ci est obligé par son offre et l'obligation qui lui incombe dès ce moment est celle d'exécuter le contrat.

(1) *Levy*, *Responsabilité et Contrat*. Revue critique, 1899, p. 364-85.

(2) *Tarde*, Transformation du droit, p. 134.

Nous retrouverons plus loin cette théorie d'après laquelle « le contrat n'est rien de plus que la somme de deux déclarations de volonté (1) » ; pour le moment nous examinons simplement la question de savoir s'il est vrai que l'offre engendre dès le principe *une obligation* que l'acceptation ne fera que consolider sans la changer, ou si au contraire on ne se trouve pas en présence de *deux obligations distinctes*, l'une qui date de l'offre et qui est de la maintenir pendant un certain temps à la disposition de son destinataire, l'autre qui ne prendra naissance que par l'acceptation et qui est d'exécuter le contrat.

Et d'abord rationnellement pouvons-nous considérer l'offrant comme lié du jour de l'offre à l'obligation du contrat ? Sans doute ; une déclaration de volonté ne doit pas rester sans effet à la charge de son auteur, mais il faudrait se garder d'exagérer : la volonté unilatérale, en présence du silence des textes, ne doit être tenue pour créatrice d'obligations que dans les cas où l'intérêt social l'exige et où aucun doute ne saurait s'élever sur la volonté qui s'est manifestée (2). C'est aussi dans ces limites que l'on doit apprécier l'obligation qu'elle engendre. Y a-t-il, en l'espèce, un intérêt quelconque à donner à l'obligation de l'offrant la portée que M. Worms voudrait lui donner : nous ne le pensons pas ; d'une manière comme de l'autre l'exécution n'aura pas lieu avant l'acceptation ; que l'on considère celle-ci comme une simple condition de l'obligation de l'offrant, ou comme une manifestation de volonté qui, s'ajoutant à la volonté de l'offrant, a créé l'obligation, pratiquement c'est la même chose au point de vue qui nous

(1) *Worms*, Volonté unilatérale, p. 185.
(2) *Geny*, Méthode et sources, nº 172 bis.

occupe. Peu importe à l'acceptant la nature de l'obligation qui existe antérieurement : *l'essentiel est qu'il trouve l'offre devant lui* et qu'il puisse en profiter. C'est aussi la seule intention que légitimement on peut prêter à l'offrant : tout ce qu'il a voulu, c'est tenir l'offre à la disposition de celui à qui il l'adresse. « Ce qu'on peut dire d'à peu près certain, c'est que son offre ne l'a pas encore obligé au sens strict du mot, n'a fondé à sa charge aucune obligation : on ne peut exiger de lui aucune prestation : cet engagement est tout passif, il doit rester à la disposition de celui à qui il a fait l'offre et ne peut plus retirer sa proposition ; il n'est plus maître de sa volonté et doit subir le contrat si l'autre l'accepte. Siégel, dans sa fameuse théorie sur la promesse unilatérale, le déclare lié à sa parole, obligé à faire honneur à sa déclaration (1). »

Reste à voir *pendant combien de temps* l'offre doit être maintenue lorsque rien n'a été déclaré à cet égard. Pour le contrat par commis-voyageur, la ratification doit intervenir dans « un délai normal » (2) ; pour le contrat par correspondance, on pose généralement comme principe que « l'offre, alors même qu'elle ne porte l'indication d'aucun délai pour accepter, peut être considérée comme engageant son auteur pendant le temps moralement nécessaire, pour que celui qui l'a reçue examine la proposition et y réponde » (3). C'est aux tribunaux à apprécier si l'intervalle qui s'est écoulé entre l'offre et l'acceptation est assez considérable pour que cette dernière ne doive produire aucun effet ; ils interpréteront l'offre en tenant compte de

(1) *Saleilles*, Théorie générale de l'obligation, n° 140.
(2) *Alger*, 18 février 1884. D. P. 85. 2. 260.
(3) *Paris*, 12 juin 1869. D. P. 70. 2. 6.

tous les éléments extérieurs qui peuvent en éclairer la portée. La volonté purement psychologique n'existe pas en droit: le juriste ne doit en tenir compte qu'autant qu'elle s'est manifestée au dehors par des circonstances auxquelles il attache le sens que, « d'après les usages courants, tout homme suffisamment attentif aurait pu tirer d'une recherche analogue de volonté » (1). Cependant, comme nous sommes en matière contractuelle, « cette interprétation d'impersonnelle et objective qu'elle était, va devenir personnelle en ce sens qu'il faudra cette fois, non seulement qu'elle fût révélée par les manifestations extérieures de la volonté, mais que ces circonstances eussent été reconnaissables et intelligibles pour le destinataire au moment de son acceptation. A l'interprétation normale tirée de l'ensemble des faits de la cause, il faut substituer l'interprétation personnelle du destinataire, c'est-à-dire, non pas à proprement parler celle qu'il a faite, mais qu'il aurait dû faire faire » (2). C'est ainsi qu'on a pu décider que lorsque l'offrant demande une réponse par télégramme, l'acceptant ne pourra pas se réserver plusieurs jours pour réfléchir et envoyer ensuite la réponse; une semblable demande dénote l'urgence, l'acceptation est tardive dès qu'on a dépassé le temps matériellement nécessaire pour la donner (3). De même, il a été jugé « que d'après les usages constants de la place de Bordeaux et surtout à l'époque des vendanges, où les propriétaires ont le plus grand intérêt à conserver la libre disposition de

(1) *Saleilles*, Décl. de volonté, p. 220.

(2) *Saleilles*, Décl. de vol., p. 221.

(3) *Lyon*, 27 juin 1867. D. P. 67. 2. 194 ; *Bordeaux*, 17 janvier 1870. D. P. 71. 2. 96.

leurs récoltes pour répondre aux offres qui leur sont faites, les propositions non acceptées dans un bref délai ne peuvent lier indéfiniment les détenteurs de vins et les mettre à la discrétion des acheteurs qui spéculeraient sur la variation des cours » (1). Il nous serait facile de multiplier les citations; ce que l'on peut dire, c'est que pour apprécier la durée de l'offre, les tribunaux tiennent compte des usages particuliers, des rapports d'affaires qui existent entre les parties, de leurs correspondances antérieures, des termes de la lettre d'offre, en un mot de toutes les circonstances qui peuvent laisser comprendre ce que l'offrant a voulu.

Cette recherche de la volonté de l'offrant conduira parfois à lui accorder le *droit de rétractation immédiate*, et il en sera ainsi notamment en matière d'offres adressées au public par voie d'annonces, d'affiches ou de circulaires.

Nous avons vu que les auteurs qui contestent l'effet obligatoire de l'offre manifestée sous cette forme, s'appuient principalement sur ce fait que l'offrant n'a pu raisonnablement vouloir s'obliger envers ceux à qui il s'adressait; nous avons répondu en distinguant l'existence de l'offre, des conditions plus ou moins faciles dans lesquelles elle pourrait disparaître. Celui qui adresse un prospectus est obligé de livrer la marchandise qu'on lui demande en conformité de son offre s'il l'a toujours en magasin, mais justement l'offre est faite dans des conditions telles qu'il s'est réservé le droit de ne plus l'avoir à sa disposition, le jour où on s'adressera à lui ; la pollicitation était accompagnée de cette condition sous-entendue : « l'accep-

(1) *Bordeaux*, 20 janvier 1892. D. P. 92. 2. 390.

tation pour être efficace, devra parvenir à ma connaissance avant que le contrat ait été conclu avec une autre personne (1). » Comme le remarquent MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat (2), « il faut interpréter l'offre dont il s'agit comme on interprète tous les contrats, en recherchant la commune intention des parties (art. 1156). Or, à la différence de celui qui reçoit une offre par lettre et qui doit compter que l'offrant ne disposera pas de la chose offerte avant d'avoir reçu une réponse négative ou rétracté son offre, ceux qui ont reçu une circulaire ont su que les offres qu'elle contenait étaient adressées à beaucoup d'autres qui pouvaient les devancer par leurs demandes d'achat; ils n'ont pas pu supposer que les produits offerts seraient inépuisables, et par conséquent ils ont dû penser que s'ils se laissaient devancer ils s'exposeraient à n'en plus trouver : ils seraient donc mal venus à se plaindre, si quand ils demandent à acheter, l'offrant leur répond qu'il a tout vendu. Les engagements de l'offrant consistent simplement dans l'obligation de livrer les choses offertes aux prix énoncés dans la circulaire s'il en a encore au moment où la demande lui en est faite ».

Quoi qu'il en soit, le fait nous paraît certain, l'offre ne peut en principe être révoquée pendant un certain délai, exprès ou tacite, sinon personne ne voudrait plus se fier aux propositions de vente ou d'achat : toute offre ne serait qu'une tromperie.

Voilà ainsi analysée dans ses grandes lignes, la première phase de la formation du contrat : l'offre existe seule, elle attend l'acceptation.

(1) *Pollock*, Principles of contract, ch. v, p. 176 et s.
(2) *Baudry-Lacantinerie et Saignat*, Vente, n° 49.

## CHAPITRE III

### L'ACCEPTATION

Nous allons étudier maintenant la seconde manifestation de volonté indispensable à la formation du contrat, aussi bien le consentement exprimé dans une lettre que la ratification faite par la maison de commerce dans l'hypothèse où le contrat est conclu par l'intermédiaire d'un commis-voyageur.

Sans doute, il n'existe pas au point de vue qui nous occupe, entre les deux manières de contracter entre absents, de différence aussi complète que celle que nous avons relevée à propos de l'offre, mais du moins en fait on ne peut s'empêcher de constater que le maître qui ratifie, approuve un marché dont il avait pour ainsi dire posé lui-même les conditions. Le commis-voyageur s'en va muni d'un tarif détaillé des marchandises qu'il doit proposer aux négociants qu'il visite ; il jouit, il est vrai, d'une certaine liberté d'action, mais il a reçu des instructions précises, il sait jusqu'où il peut aller dans le domaine des concessions ; celles-ci, lorsqu'il en fait, ont déjà été envisagées par le maître comme une chose possible, probable même ; il les a trouvées conformes à ses intérêts, puisqu'il les a autorisées,

de sorte qu'on peut se demander ce que le maître accepte lorsqu'il ratifie un marché passé par son commis. Il ne fait en réalité, nous le savons, que donner son adhésion à *une offre* qu'il avait faite, mais qui n'était qu'*éventuelle*.

Il en est bien autrement dans le contrat par correspondance. Le destinataire de l'offre se trouve en face d'une offre absolument neuve pour lui, et qu'il doit examiner sous toutes ses faces avant de se prononcer : c'est alors seulement qu'il y a acceptation, au sens juridique du mot.

Il ne faudrait cependant pas exagérer et établir une distinction radicale entre les deux manifestations de volonté : elles sont le plus souvent soumises aux mêmes règles que nous allons maintenant étudier.

Accepter, c'est faire une déclaration de volonté, et cela n'est possible que par une *manifestation extérieure* : ce n'est qu'à partir de ce moment que la volonté acquiert une existence juridique ; l'acceptation purement intentionnelle est non avenue : décider le contraire serait confondre le droit et la philosophie.

Accepter, c'est en outre vouloir s'emparer de la proposition qui vous est faite : c'est vouloir qu'elle sorte à effet ; on ne saurait trop distinguer, lorsqu'on étudie la formation des contrats entre absents, les *différents degrés d'intensité* qu'ont à franchir les volontés pour arriver à leur manifestation définitive. Nous avons vu que l'offrant, avant d'être lié irrévocablement au contrat, contractait ou plutôt assumait une obligation accessoire, celle de maintenir l'offre pendant un certain temps ; sans doute, on ne saurait parler pour l'acceptant d'obligation accessoire, il sera lié complètement et irrévocablement ou il ne sera

pas lié du tout ; mais il n'est pas impossible de distinguer plusieurs degrés dans sa volonté d'acquérir et par suite de s'obliger.

Lorsque l'offre arrive à son adresse, le destinataire l'examine : il en prend minutieusement connaissance et s'il n'est pas d'ores et déjà décidé à la refuser, il la met de côté pour réfléchir de nouveau avant de répondre ; n'y a-t-il pas déjà dans ce fait une manifestation de volonté, le destinataire de l'offre n'a t-il pas témoigné par là qu'il était heureux de la recevoir, n'a-t-il pas accepté l'offre en tant qu'offre ? Nous avons vu le parti que M. Demolombe avait voulu tirer de cette analyse et nous avons vu aussi que sa théorie du contrat accessoire n'est pas fondée : le destinataire de l'offre, dans notre hypothèse, n'accepte rien au sens juridique du mot, il constate, il prend acte. Cette main mise sur l'offre en tant qu'offre, a-t-elle des conséquences juridiques? C'est une question que nous retrouverons plus loin : pour le moment nous avons simplement voulu montrer qu'il existe chez l'acceptant, avant la déclaration définitive, une manifestation de volonté.

Une première question qui se présente, est celle de savoir *de qui* doit émaner l'acceptation : nous ne nous préoccupons pas encore du point de savoir si l'offre peut être acceptée par les héritiers de celui qui l'a reçue, ou par son représentant légal au cas où il serait devenu incapable ; nous supposons que le destinataire de l'offre est parfaitement vivant et capable, et nous nous demandons si un autre que lui peut accepter.

Il est une hypothèse qui ne saurait faire aucun doute : c'est celle où l'offre adressée à Primus est acceptée par Secundus, avec l'intention d'obliger Primus, mais sans mandat de la part de celui-ci ; on se trouve alors en pré-

sence soit d'une promesse, soit d'une stipulation pour autrui, qui tombe sous le coup des articles 1119 et 1121, C. civ., mais qui ne saurait donner la vie au contrat projeté ; l'hypothèse se présentera d'ailleurs rarement en pratique.

Une hypothèse beaucoup plus fréquente et beaucoup plus délicate est celle où l'offre adressée à Primus est remise à Secundus : celui-ci, de très bonne foi l'accepte, le contrat est-il formé ? On a dit qu'il y avait en pareil cas « erreur sur la personne de l'acceptant », et que « pour trancher la question de savoir si le contrat s'est valablement formé, il faut en référer à la règle posée par l'article 1110, C. civ., dernier alinéa : l'erreur qui tombe sur la personne avec laquelle on a entendu contracter, n'est pas une cause de nullité, à moins que la considération de cette personne ne soit le motif principal ou déterminant de la convention » (1). La différence cependant nous paraît essentielle : dans l'hypothèse de l'article 1110, l'erreur est commise par l'offrant lui-même, qui s'adresse à telle personne en croyant parler à telle autre : celle-ci n'a rien à se reprocher, l'offrant au contraire peut s'imputer tout au moins un défaut d'attention, mais il n'en est pas de même dans l'hypothèse qui nous occupe ; l'offrant a écrit à Primus et c'est bien avec lui qu'il veut contracter ; la poste porte la lettre à Secundus ; celui-ci ne se rend pas compte de l'erreur et accepte la proposition qui lui est faite ; on ne saurait évidemment parler d'erreur sur la personne en ce qui concerne l'offrant ; l'article 1110 est étranger à la question qu'il nous faut résoudre rationnellement.

(1) *Valery*, op. cit., n° 116.

A ce point de vue il nous paraît impossible de déclarer le contrat irrémédiablement formé par l'acceptation de Secundus : pourquoi en effet imposer à l'offrant des rapports d'affaires avec une personne qu'il ne connaît peut-être pas. Sans doute, cette dernière serait mal venue à refuser l'exécution d'un contrat auquel elle a, quant à elle, valablement consenti, mais ce consentement, l'offrant est en droit de le négliger, parce qu'il ne l'a pas demandé ; il pourra toujours, suivant nous, se départir du contrat et il lui suffira pour cela, d'établir que l'offre n'était pas adressée à celui qui l'a acceptée.

Nous n'irions cependant pas jusqu'à admettre l'opinion de MM. Baudry-Lacantinerie et Saignat, d'après lesquels, en matière d'offre au public « ceux à qui la circulaire a été adressée, peuvent seuls l'invoquer contre celui de qui elle émane ; la possession matérielle d'un exemplaire ne suffirait point, la circulaire ne pouvant engendrer le contrat qu'entre celui qui l'a expédiée et celui à qui elle a été adressée. Ce dernier est donc obligé pour se prévaloir de la circulaire, de démontrer par l'adresse ou autrement, qu'il en est le destinataire » (2). Cela est inadmissible ; le négociant qui fait connaître ses offres par voie de circulaires, témoigne par là de l'envie qu'il a d'étendre le plus possible son champ d'opération : l'acceptation serait donc valable même venant de quelqu'un qui n'aurait pas reçu la circulaire, parce que l'exercice d'une profession constitue une offre permanente à l'égard du public, si celui qui l'exerce a fait connaître à l'avance les conditions auxquelles il était prêt à contracter ; ce raisonnement ne peut pas s'appliquer au cas où l'offre par lettre s'est

(2) *Baudry-Lacantinerie* et *Saignat*, Vente, n° 54.

trompée d'adresse, parce que justement la forme qu'on lui a donnée peut toujours laisser supposer qu'elle était inspirée de considérations tirées de la personne du destinataire.

Ceci posé, *en quelle forme* peut être donnée l'acceptation? Elle peut être expresse ou tacite; le Code civil a reconnu l'efficacité du consentement tacite à l'occasion du mandat et la jurisprudence, d'accord en cela avec la doctrine, reconnaît que cette disposition doit être étendue à tous les contrats consensuels (1985, al. 2).

La difficulté nous paraît être de distinguer les *deux catégories d'acceptation* ; sans doute il est des cas non douteux : l'acceptation contenue dans une lettre est une acceptation expresse, la consommation des marchandises offertes est une acceptation tacite, mais entre ces deux extrêmes il est une foule de faits dont on peut se demander s'ils constituent une acceptation expresse ou une acceptation tacite; l'intérêt de la question consiste en ceci, sauf à y revenir, que l'acceptation étant une déclaration de volonté ne doit, en principe, produire effet, que du jour où elle arrive à son adresse, or, l'on se demande s'il ne doit pas être dérogé à cette règle en ce qui concerne l'acceptation tacite.

On admet généralement que « l'acceptation tacite résulte de faits ou d'actes qui supposent le consentement et l'indiquent d'une manière non équivoque; l'acceptation tacite résulte d'un fait toutes les fois que la formation du contrat n'étant pas soumise à la condition d'une acceptation expresse, la proposition a été suivie dès son arrivée entre les mains du destinataire d'un commencement d'exécution (1). « De sorte que l'*expédition de la marchandise*

(1) *Valery*, op. cit., nº 87. Voir: Limoges 19 janvier 1828. D. P.

demandée, constitue une *acceptation tacite* : et cependant quelle différence y a-t-il entre ce cas et celui où l'acceptation est contenue dans une lettre ? Aucune, dans les deux cas, l'acceptation a été manifestée d'une manière certaine; dans les deux cas, celui qui l'émet veut qu'elle parvienne à la connaissance de l'offrant. En réalité, la distinction qu'on a faite provient de l'importance exagérée attribuée à l'article 1985, al. 2; celui-ci nous déclare, en effet, que l'acceptation du mandat peut n'être que tacite et résulter de l'exécution qui lui a été donnée par le mandataire. » On en a conclu que tout acte d'exécution constituait une acceptation tacite, sans chercher à établir un critérium rationnel qui permît de distinguer la volonté de contracter expressément et tacitement manifestée.

Ce critérium est-il possible ? Lorsqu'on envisage les déclarations de volonté d'une manière générale sans s'inquiéter de savoir si l'on est ou non en matière contractuelle, il paraît logique, pour distinguer la volonté expresse et la volonté tacite de s'attacher à l'intention de celui qui l'émet; a-t-il voulu, « en outre du résultat poursuivi, donner une forme extérieure et publique à sa volonté (1) », c'est une déclaration expresse, c'est une déclaration tacite dans le cas contraire. Prenons un exemple : deux moyens s'offrent à l'héritier qui veut accepter une succession; aller au greffe et consigner sa déclaration sur le registre qui leur est destiné ou faire acte d'héritier, c'est-à-dire, par exemple, vendre un bien héréditaire; qu'il adopte l'un ou

29. 2. 121; *Cass.*, 13 mars 1878. D. P. 78. 2. 113; Cass., 8 février 1882. Gaz. Pal. 82. 2. 137; *Rouen*, 17 avril 1885. Rec. Havre 1885, p. 122; *Montpellier*, 3 juillet 1885. Mon. Lyon, 16 décembre 1885.

(1) *Saleilles*, déclaration de volonté, p. 4.

l'autre de ces procédés, la succession lui est acquise : dans un cas il l'a acceptée expressément, dans l'autre tacitement ; pourquoi ? Tout simplement parce que dans la première hypothèse, en outre du résultat immédiat qu'il se proposait, l'acquisition des biens successoraux, il a pensé à ceux que cette opération pouvait intéresser et manifeste le désir qu'ils la connussent, « ce que l'on désigne quelque fois par l'idée de pluralité de buts, le déclarant ayant eu un double but, celui d'atteindre un résultat de droit et celui en outre de l'atteindre par un acte ayant le caractère d'une manifestation de publicité (1). » La différence réside en somme dans l'analyse des intentions de l'offrant : le critérium est tout subjectif.

En matière contractuelle ce critérium est manifestement insuffisant ; l'acceptation en effet est une réponse à l'offre et par conséquent la déclaration de volonté qui la constitue n'a de raison d'être qu'autant qu'elle s'adresse à l'offrant, l'acceptant a et ne peut pas ne pas avoir la volonté qu'elle soit connue de ce dernier. Sans doute cette volonté sera *plus ou moins clairement manifestée* ; elle ne sera pas douteuse lorsque l'acceptation sera expédiée par la poste ; elle sera moins nette dans le cas où le destinataire de l'offre se borne à consommer la chose offerte, mais son existence n'en est pas moins indiscutable ; qui dit acceptation dit volonté qui s'adresse à quelqu'un ; les intentions de l'acceptant ne sauraient varier sur ce point et l'on s'épuiserait en vains efforts si l'on y cherchait le critérium pour distinguer l'acceptation expresse de l'acceptation tacite.

Le seul moyen de résoudre la question est de s'en tenir

(1) *Saleilles*, op. et loc. cit.

à un *point de vue objectif* (1) et de distinguer suivant les procédés employés pour accepter : si l'acceptation est manifestée de telle façon qu'elle doive forcément arriver à la connaissance de l'offrant, elle sera expresse, elle sera tacite dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque celui qui l'émet n'a rien fait pour la faire connaître ; il a accepté mais l'initiative de la prise de connaissance doit venir de l'offrant : ainsi par exemple dans l'hypothèse de consommation de la chose offerte, l'acceptation est tacite parce que l'offrant veut-il savoir si le contrat est conclu il devra s'en informer, l'acceptant n'a rien fait pour le prévenir. De même dans l'hypothèse du mandat, je charge une personne d'acheter pour moi telle maison, elle l'achète, le contrat de mandat est formé entre elle et moi ; l'acceptation est tacite parce que de la façon dont elle a été manifestée elle ne me sera connue que si je me mets en peine de le savoir ; l'article 1985 alinéa 2 a donc raison de nous dire que l'acceptation tacite du mandat résulte de l'exécution qui en est faite par le mandataire, seulement on a eu tort d'en généraliser les termes.

On a eu tort de croire que *tout acte d'exécution* constituait une *acceptation tacite* : Jean qui habite Paris écrit à Michel, négociant à Montpellier, de lui vendre telle quantité de vin à tel prix. Michel ne répond pas à cette lettre mais il expédie immédiatement le vin demandé : l'acceptation, dit-on, est tacite ; non, elle est expresse parce que Michel a répondu par un moyen qui devait forcément porter à Jean la connaissance de son acceptation.

Ainsi entendue, il semble que nous ayons de beaucoup restreint le domaine de l'acceptation tacite : avec la con-

(1) *Saleilles*, décl. de vol., p. 4, et 161.

ception courante elle est possible dans tous les contrats puisqu'elle résulte de leur exécution ; telle que nous l'envisageons, elle n'est possible que si le contrat est susceptible d'une exécution dont la connaissance ne doit pas, par la force même des choses, arriver à l'offrant.

Son domaine par excellence c'est le mandat, mais il ne faudrait pas croire que ce soit le seul; nous avons vu comment le destinataire peut accepter tacitement une offre de vente ; nous pourrions multiplier les exemples ; j'habite par exemple Paris et je suis propriétaire d'une maison à Bordeaux ; j'écris à une personne de cette ville pour lui louer ma maison à telles conditions : elle y transporte ses meubles, elle accepte tacitement. Il n'est d'ailleurs pas nécessaire pour la manifestation de l'acceptation que le contrat soit complètement exécuté, des préparatifs suffiraient (1); mais il faut alors se tenir sur une prudente réserve, le sens d'une acceptation tacite ne se révèle que par voie d'interprétation : il est donc indispensable de ne tenir pour tels que des faits « dont la manifestation extérieure soit définitive de telle sorte que pour tout le monde ils doivent se présenter comme un acte irrévocable, pourvu que cet acte soit réalisé dans des conditions telles que, pour celui qui le fait, il soit manifeste que l'autre partie doive en avoir connaissance » (2).

Il nous faut examiner maintenant une manifestation de volonté à laquelle on ne saurait dénier dans tous les cas

(1) La cour de Cass. a décidé que l'acceptation d'une offre de conclure un bail peut résulter uniquement de la précaution prise par le destinataire de cette proposition de faire enregistrer l'écrit qui la contient. *Cass.*, 15 avril 1874. D. P. 75. 1. 356.

(2) *Saleilles*, Décl. de vol., p. 161.

le caractère d'acceptation tacite, c'est le *simple silence*, le défaut de réponse à une offre que l'on a reçue.

Assurément l'adage vulgaire, qui ne dit mot consent, n'est pas vrai en droit civil, le silence n'a aucune portée juridique, il n'implique ni adhésion, ni refus (1); mais le défaut de réponse peut être entouré de circonstances telles qu'il implique chez le destinataire la volonté d'accepter; c'est ainsi que l'offrant l'a compris, parce qu'il était en droit d'espérer une réponse affirmative et qu'en tous cas, à supposer que le destinataire de l'offre ne veuille pas du contrat proposé, le refus devait être expressément manifesté. Quand existera pour le destinataire de l'offre cette obligation de répondre sous peine de se voir lier au contrat, c'est ce que nous allons essayer de préciser.

Et d'abord peut-on au point de vue qui nous concerne, établir une *distinction* entre le droit civil et le droit commercial? On l'a soutenu (2) et certains auteurs s'appuyant sur un passage de Casaregis où il est dit que « mercator recipiens epistolam et ei non contradicens, censetur eam approbare »; s'appuyant aussi sur l'obligation imposée aux négociants d'avoir un copie de lettres et par conséquent de tenir une correspondance, certains auteurs en ont conclu que toujours en droit commercial le silence valait acceptation. Cette conclusion n'est pas exacte : il serait facile de montrer que le texte de Casaregis qu'on invoque n'a rien à voir dans notre affaire; et que cette prétendue obligation à la charge des commerçants de répondre aux

(1) *Toulouse*, 11 juin 1881. D. P. 82. 2. 206; *Trib. com. Marseille*, 10 oct. 1882. Gaz. Pal. 83. 2. 336.

(2) *Delamarre* et *Le Poitevin*, op. cit., t. II, nº 155. Cf. Cass. 25 mai 1870. S. 70. 1. 341.

lettres qu'ils reçoivent n'a jamais existé. Qu'il nous suffise de remarquer que les opérations civiles et commerciales sont en principe soumises aux mêmes règles ; que sur la question que nous examinons aucun texte ne s'est prononcé et par suite notre rôle se borne à chercher d'une manière générale quant le silence vaudra acceptation sauf à voir ensuite si ces conditions ne seront pas réalisées le plus souvent dans le domaine commercial.

Nous devons aussi rejeter toute opinion qui prétendrait établir à priori une *règle fixe et absolue* : nous ne saurions, par exemple, admettre que le silence suffise à faire naître le contrat lorsque la proposition consiste en une promesse unilatérale qui doit obliger seulement son auteur sans qu'aucune obligation corrélative doive naître à la charge de l'acceptant (1). Outre qu'on peut avoir des raisons très fortes pour refuser une offre qui vous est entièrement favorable, l'article 932 s'oppose énergiquement à la solution préconisée. En réalité si le silence peut quelquefois valoir acceptation, c'est d'après les circonstances du fait et non d'une manière générale et absolue.

Le juge devra se décider d'après les *relations antérieures* des parties. Dans les premiers jours du mois de décembre, Pierre, restaurateur à Montpellier, écrit à Jacques, marchand de comestibles à Paris et son fournisseur habituel, de lui envoyer telles denrées dont il aura besoin pour la Noël. Il est évident que si Jacques ne répond pas à cette lettre, son silence témoigne amplement de l'approbation qu'il donne à son contenu, en effet

(1) *Massé*, Dr. com., t. III, n° 1453 ; *Aubry* et *Rau*, t. VII, § 658 note 5 ; *Demolombe*, t. XXIV, n° 58 ; *Cass.*, 15 avril 1874. D. P. 75, 1. 356.

les relations antérieures des parties rendaient une réponse obligatoire si la proposition n'était pas acceptée (1). Remarquons d'ailleurs que cette obligation de répondre ne peut pas être imposée à l'offrant : j'écris à une personne pour lui proposer un contrat et j'ajoute que je le tiendrai pour conclu si je n'ai pas de réponse avant un certain temps : le silence ne suffira pas à l'obliger en dehors de toutes relations antérieures, parce que nul ne peut nous mettre en demeure de sortir de notre inaction (2).

On a prétendu cependant que ces relations antérieures ne seraient pas nécessaires et que le silence vaudrait acceptation dans le cas où la *proposition* a été *provoquée* par la personne à laquelle elle a été adressée (3), cette opinion repose sur une confusion ; sans doute le contrat se formera mais l'acceptation loin d'être tacite et de résulter du silence aura au contraire été expressément manifestée. Ce qu'on appelle provocation de l'offre constitue en réalité l'offre elle-même, il nous suffit pour le comprendre de nous reporter à ce que nous avons dit des circulaires et des affiches : lorsqu'elles s'expliquent sur tous les éléments nécessaires du contrat, la lettre

(1) *Guillouard*, Vente, t. I, n° 17 ; *Lyon-Caen* et *Renault*. Traité, t. III, n° 425.

(2) *Cass.*, 20 mai 1870. D. P. 70. 1. 527 ; *Toulouse*, 11 janvier 1881. D. P. 82. 2. 206; Ce dernier arrêt contient ce considérant : « Attendu qu'il ne saurait dépendre du premier venu de lier un tiers par l'envoi spontané de marchandises ou d'échantillons et de lui imposer ainsi l'obligation de réexpédier ou d'écrire pour notifier son refus sous peine d'être lié par un marché dont l'expéditeur aurait pris l'initiative et fixé seul les conditions... »

(3) *Marghieri*, Il diritto commerciale italiano, t. I, § 51 ; *Valery*, op. cit. n° 95.

adressée en réponse est une acceptation qui forme le contrat sans que la volonté de l'auteur de la circulaire ou de l'affiche ait encore à intervenir : son silence par conséquent n'a et ne peut avoir aucune signification La circulaire au contraire est-elle muette sur certains points essentiels, l'offre émane alors de celui qui l'a reçue ; mais pourquoi prétendre que le défaut de réponse dans ce cas formera le contrat, n'avons-nous pas vu au contraire que l'auteur d'une offre au public n'a pu vouloir s'obliger envers tous ceux à qui il s'adresse? Tout ce qu'on peut dire, c'est que son silence constitue une faute : en provoquant l'offre il s'est tacitement obligé à conduire les négociations jusqu'au bout ; l'auteur de l'offre a espéré voir sa lettre suivie d'une réponse, il a peut-être, dans cette attente, manqué quelque opération avantageuse ; il y a là tout un ensemble de circonstances qui lui donnent droit à la réparation du préjudice causé.

Mais pour obtenir un pareil résultat, il n'est pas nécessaire que l'offre ait été provoquée par celui qui garde le silence : les commerçants ont, en effet, le devoir moral de répondre aux propositions qu'ils reçoivent ; ce devoir basé sur des considérations de bonne foi et d'intérêt général n'a pas de sanction directe, mais il suffit à légitimer l'attente d'une réponse. Et par conséquent, en admettant que le silence de celui qui a reçu l'offre n'ait pas été entouré de circonstances suffisamment graves et précises pour servir de fondement à la présomption d'acceptation, ce silence n'en constitue pas moins une faute dont il est dû réparation. Le tribunal civil de la Seine a décidé que le directeur d'un journal d'annonces judiciaires qui croit avoir un motif légitime de surseoir à l'insertion d'une annonce

est tenu d'en informer aussitôt l'expéditeur sous peine d'être rendu responsable de la non-insertion (1).

Le silence d'un négociant est donc plus grave que s'il venait de tout autre personne et c'est en ce sens que l'on peut distinguer le domaine civil du domaine commercial. De même, c'est entre négociants surtout que nous rencontrerons ces relations antérieures dont nous avons parlé et c'est entre négociants surtout que le silence vaudra acceptation ; mais les solutions adoptées ne sont que l'application de principes généraux aussi vrais en droit civil qu'en droit commercial.

Nous connaissons maintenant les diverses formes que peut revêtir l'acceptation et par conséquent nous savons quand le destinataire de l'offre aura suffisamment manifesté la volonté d'accepter : mais l'acceptation, ne l'oublions pas, est une déclaration de volonté qui s'adresse à l'offrant; il faut donc envisager par rapport à ce dernier *à quel moment* pour lui l'acceptation existera. Nous ne nous demandons pas encore, et il est très important de l'indiquer, à quel moment le contrat est conclu : nous envisageons l'acceptation, indépendamment de l'offre, en tant que déclaration de volonté et nous nous demandons à quel moment rationnellement elle acquiert sa perfection, est-ce au moment où elle est manifestée ou lorsqu'elle arrive à son adresse? Nous aurons à voir plus tard si ces règles ne sont pas changées précisément par l'existence de l'offre : c'est la question posée dans le chapitre suivant de la formation du contrat.

(1) *Trib. Seine*, 22 août 1882. Gaz. Pal. 82. 2. 398 ; Cf. *Trib. com. Seine*, 31 mai 1882. Gaz. Pal. 82. 2. 255.

L'acceptation expresse est celle, nous l'avons dit, qui doit d'après la volonté même de son auteur, d'après le procédé qu'il a employé pour l'émettre, arriver forcément à la connaissance de celui à qui elle s'adresse : jusqu'à ce moment elle est donc par rapport à lui non avenue ; l'acceptant pourra se rétracter et cette rétractation ne sera valable qu'à condition de parvenir au pollicitant au plus tard en même temps que l'acceptation.

La question est plus délicate en ce qui concerne l'acceptation tacite : ce qui fait la difficulté c'est qu'elle constitue une déclaration de volonté qui s'adresse à quelqu'un et que cependant son auteur n'a rien fait pour qu'elle soit connue de celui qu'elle intéresse. Produit-elle effet du jour où elle se manifeste ou du jour où l'intéressé sait qu'elle existe ? Nous n'hésitons pas à répondre du jour où elle est manifestée ; un auteur italien (1) a soutenu le contraire, mais il se place dans l'hypothèse de l'acceptation par l'envoi de la marchandise demandée et il déclare que tant qu'elle n'est pas arrivée l'acceptation est non avenue pour l'offrant. C'est parfaitement notre avis, mais cela tient tout simplement à ce que l'acceptation est expresse, il n'en est pas et ne peut pas en être de même au cas d'acceptation tacite.

Avec une pareille manifestation de volonté, en effet, l'*initiative de la prise de connaissance* émane du proposant ; l'acceptation doit donc produire effet du jour où l'offrant a pu en prendre connaissance, c'est-à-dire du jour où elle a été manifestée : décider le contraire et permettre à l'offrant de se rétracter, ce serait lui accorder un droit sur lequel il n'a pas compté au moment où il a

(1) *Regnoli*, rapporté dans l'Arch. giurid., 1870, VI, p. 25.

exprimé son consentement. Cette rétractation sera d'ailleurs le plus souvent impossible, l'acceptation tacite consistant dans un fait d'exécution dont les traces seraient ineffaçables. Quoi qu'il en soit le principe est certain, les partisans de la théorie de l'information eux-mêmes sont obligés de s'incliner devant lui.

Les règles sont les mêmes que l'on étudie l'acceptation dans le contrat par correspondance ou la ratification dans le contrat par commis-voyageur. Si l'on ne se pose généralement pas la question de savoir si la ratification doit être connue du tiers pour produire effet, c'est qu'on se place dans l'hypothèse normale où l'on considère la ratification comme tacite. Mais la question se poserait dans l'hypothèse d'une ratification expresse, ce qui sera le cas le plus fréquent si l'on admet l'interprétation que nous avons donnée au mot exprès : la ratification n'a alors d'effet que lorsqu'elle est connue du tiers.

L'acceptation est donc, comme l'offre, une déclaration de volonté, mais l'une est la réponse (1) à l'autre, et cette idée va nous permettre de soulever certaines questions particulières.

Et d'abord que faut-il penser de l'hypothèse où deux personnes s'adressent *réciproquement* et *en même temps* une offre pour un contrat identique : faut-il déclarer l'accord des volontés intervenu et le contrat formé ; cela n'est possible que si nous pouvons relever chez l'une des parties l'intention d'accepter l'offre de l'autre. Cette intention n'est pas douteuse d'après certains auteurs (2) ;

(1) *Planiol*, Traité élémentaire, t. II, n° 1024.

(2) *Valery*, op. cit., n° 218 ; *Robert*, Contrats par correspondance, p. 163 ; *Baudry-Lacantinerie* et *Saignat*, Vente, n° 41.

les deux parties ne sont-elles pas d'accord sur la chose et sur le prix? « Notre droit, a-t-on dit, n'a imposé aucune forme aux manifestations de la volonté ; si en général on peut distinguer dans une convention une offre et une acceptation c'est parce que d'ordinaire l'initiative de la convention appartient à l'un des contractants, mais il ne faudrait pas transformer cette circonstance purement accidentelle en une condition essentielle de la formation des contrats (1). » L'important est que les deux volontés se rencontrent et peut-on un seul instant douter de ce concours en lisant les deux propositions.

Le raisonnement, quoique spécieux, nous paraît inexact : en effet, la simple coexistence de deux volontés, encore qu'elles soient dirigées vers un même but juridique ne saurait suffire à former le contrat. Pour que celui-ci prenne naissance, il faut que les deux manifestations de volonté soient dirigées l'une vers l'autre, qu'il y ait entre elles un rapport de cause à effet. Pour donner plus d'expression à notre pensée, nous dirions volontiers, comme l'a dit un italien que « les deux volontés ne doivent pas être parallèles mais convergentes (2). »

A cela, on répond que s'il est évident que chacun de nous en faisant sa proposition à l'autre, n'entendait pas donner une acceptation à la proposition de son correspondant, puisqu'il ne la connaissait pas, il n'en est pas moins certain que chacun de nous en recevant la proposition de l'autre s'empresse de l'accepter, et, alors, le contrat se forme ; sans doute ajoute t-on « le plus souvent chacun des

(1) *Valery*, op. et loc. cit.

(2) *Pigozzi*, Archivio giuridico 1870, VI, p. 4 ; Cf. *Larombière*, Obligat., t. I, art. 1101, nº 23.

contractants ou l'un deux au moins, en recevant la lettre qui lui est adressée, s'empressera d'écrire à son correspondant pour lui confirmer sa première déclaration de volonté ; mais c'est une pure mesure de précaution, inspirée par le désir d'éviter tout malentendu et l'on aurait tort de croire que le contrat est conclu seulement par l'expédition de cette seconde lettre confirmative » (1). Mais ne peut-on pas reprocher à cette opinion de tenir compte d'une volonté purement interne et oublier qu'en droit une volonté qui n'a pas été extérieurement manifestée n'existe pas. Sans doute, les deux propositions peuvent servir de base à un contrat ; mais il faut pour cela qu'elles soient acceptées expressément ou tacitement par l'une ou l'autre des parties : à ce point de vue on peut même se montrer particulièrement exigeant et déclarer que le simple défaut de réponse vaudra acceptation ; mais enfin celle-ci est nécessaire et les deux propositions à elles seules ne peuvent pas former le contrat.

De cette idée que l'acceptation est une réponse à l'offre, nous tirons cette conséquence que les deux déclarations doivent concorder d'une manière absolue : la moindre différence entre elles suffirait à empêcher le contrat ; nous n'aurions plus une acceptation, mais une offre nouvelle (2).

Pour voir, d'ailleurs, si les volontés coïncident, le juge doit envisager non pas les apparences, mais l'*intention véritable* des parties. C'est ce qui a été décidé par la Cour

(1) *Valery*, op. cit., n° 218.

(2) *Amiens*, 11 mai 1854. D. P. 59. 2. 147 ; *Toulouse*, 26 mai 1884. Gaz. Pal. 842 supplém. 80 ; *Lyon*, 2 janvier 1885. Gaz. Pal. 85. 2. supplém. 32 ; *Poitiers*, 11 mars 1889. La loi, 27 août 1889.

de cassation (1) dans une hypothèse où le vendeur se prévalait d'une prétendue rétractation sous prétexte que l'acceptation avait apporté des modifications à ses offres, mais où l'ensemble de la lettre lui permettait de comprendre que cette modification n'était qu'apparente et le résultat d'une erreur.

L'interprétation sera quelquefois difficile pour savoir ce que les parties ont voulu : j'écris à une personne pour lui proposer un prêt de 100.000 francs à 5 0/0 ; elle me répond qu'elle en emprunte 50.000. Y a-t-il offre nouvelle ou simplement acceptation de mon offre ; tout dépend de ma volonté, mais comment la connaître? Il est évident que si l'on s'attache à ma déclaration, l'acceptation ne coïncide pas avec mon offre et le contrat n'est pas formé ; veut-on, au contraire, rechercher ce que j'ai réellement voulu, il sera rare qu'on le découvre. Le mieux est d'adopter une solution intermédiaire et de permettre au juge « de rechercher le sens normal de la déclaration elle-même en dehors des termes qui l'expriment, dans l'ensemble des circonstances extérieures qui peuvent en révéler la signification et tel qu'aurait pu et dû le faire le tiers auquel elle s'adresse » (2). On obtiendra ainsi une interprétation moyenne dont l'avantage sera de ne sacrifier aucun des contractants.

Reste un dernier point. Il ne suffit pas pour que l'acceptation soit efficace, qu'elle concorde avec l'offre ; il faut encore qu'elle se produise *en temps utile*, c'est-à-dire dans le délai fixé par l'offrant ou par les circonstances et l'usage lorsque celui-ci n'a rien dit ; certaines législa-

(1) *Cassation*, 5 décembre 1876. D. P. 77. 1. 179.
(2) *Saleilles*, Décl. de vol. p. 5

tions (1) considèrent l'acceptation tardive comme une proposition « ex novo » à laquelle l'offrant adhère par son silence ; cette solution est-elle possible dans le silence de nos lois ? Évidemment non ; tout ce que pourra exiger l'acceptant, c'est que l'offrant répare le préjudice qu'il lui a causé en ne l'avertissant pas de l'inefficacité de son acceptation (2).

Ceci posé, quand l'acceptation est-elle tardive ? Nous n'avons, dans le chapitre précédent, envisagé le maintien de l'offre que comme une obligation imposée à l'offrant, mais ne faut-il pas voir dans le délai pour accepter autre chose qu'un droit conféré à l'acceptant ? Ne faut-il pas dire que si l'offrant a entendu être lié pendant le délai, il a entendu aussi recouvrer pleine liberté à son expiration, en sorte que la proposition tombe *de plein droit* lorsque le délai est expiré ; la volonté de l'offrant à ce moment n'existe plus, c'est en vain que l'acceptant y donnerait son adhésion.

C'est généralement en ce sens qu'on interprète la volonté de l'offrant lorsqu'il a lui même fixé le délai d'acceptation (3). L'opinion contraire a cependant été soutenue, et l'on a dit qu'une *révocation expresse* de l'offre pouvait seule empêcher la formation du contrat, même en vertu d'une acceptation postérieure au délai : ce dernier n'aurait qu'un but, lier l'offrant et empêcher de ce fait un

(1) *C. civ.* allemand, art. 150, al. 1 ; *C. civ.* méxicain, art. 1293 ; *C. co.* italien, art. 36, al. 1 ; *C. co.* roumain, art. 35, al. 2.

(2) *Valery*, op. cit., n° 203 ; *Baudry-Lacantinerie* et *Barde*. Obligat., t. I, n° 36.

(3) *Aubry* et *Rau*, t. IV, p. 292 ; *Valery*, op. cit., n° 201 ; *Laurent*, Principes de dr. civ., t. XV, n° 478 ; *Baudry-Lacantinerie* et *Barde*, op. cit., t. I, n° 36.

brusque changement de volonté (1). Un pareil résultat est manifestement contraire à la volonté des parties : lorsqu'un délai est fixé, c'est pour que tout soit terminé dans un sens ou dans l'autre à son expiration ; une fois le délai terminé, tout est à recommencer. Cela est d'ailleurs conforme aux exigences de la pratique : s'il est nécessaire qu'une offre ne puisse être immédiatement révoquée, il faut aussi qu'elle tombe *ipso facto* après une certaine durée, et il en est ainsi que les parties se soient ou non expliquées sur ce point.

On l'a cependant très sérieusement contesté pour le cas où l'offre a été faite sans fixation de durée, et l'on a dit qu'alors on ne saurait soumettre l'acceptation à aucun délai, qu'en règle générale, elle pourra être faite tant que l'offre n'aura pas été révoquée. « Si donc j'ai, sans fixer aucun délai, mandé à un négociant de m'acheter et de m'expédier cinquante tonneaux de vin de telle qualité et à tel prix, ne me les envoya-t-il que dans un temps éloigné, hors de mes prévisions et de mon attente, à une époque où je n'en aurai plus besoin et où peut-être ils me seront onéreux, je n'en serai pas moins tenu de prendre livraison, parce que j'ai à m'imputer de ne pas avoir révoqué ma demande ou de ne pas avoir mis mon correspondant en demeure de l'exécuter en temps convenable (2). » Qui ne voit l'injustice d'une pareille théorie ? Il serait en effet souverainement injuste d'imposer l'exécution d'une offre contenue dans une lettre restée plus de trois mois sans ré-

(1) *Worms*, op. cit., p. 174.

(2) *Delamarre et Le Poitevin*, op cit., t. II, n° 61 ; *Demolombe*, t. XXIV, n° 67 ; *Lyon-Caen et Renault*, Traité, t. III, n° 15; *Planiol*, op. cit., t. II, n° 1019.

ponse sous prétexte qu'elle n'a pas été révoquée. On ne peut pas supposer au promettant l'intention de *rester lié* par son offre *perpétuellement :* il n'a pu vouloir y être soumis que pendant un délai raisonnable passé lequel le concours des volontés n'est plus possible ; la jurisprudence est unanime à déclarer que toute offre dont la durée n'a pas été déterminée expressément dans la missive qui la contient disparaît néanmoins d'elle-même au bout d'un certain temps, et l'acceptation alors n'est plus possible (1).

Est-ce à dire pour cela que la révocation de l'offre n'interviendra jamais utilement ? Loin de nous cette pensée ! C'est qu'en effet, il faut bien se pénétrer de la différence qui sépare le délai exprès et le délai tacite; dans le premier cas, la durée de l'offre est nettement déterminée, celui qui l'a reçue sait à quoi s'en tenir ; il sait que son acceptation valable aujourd'hui ne le sera certainement plus demain. Il n'en est pas ainsi quand le délai n'a pas été expressément stipulé : l'offre dure alors le temps normal pour *l'examiner et y répondre* et les tribunaux sont souverains dans cette appréciation. Certes, il est des hypothèses où aucun doute ne saurait s'élever sur la permanence de l'offre : suivant qu'on sera plus ou moins loin du moment où elle a été émise, on pourra dire que l'offre existe certainement ou qu'elle n'existe certainement plus ; mais entre ces deux périodes, il s'en place une troisième vague, indéterminée dans son étendue : l'acceptation dans cette période forme-t-elle le contrat ou reste-t-elle sans

(1) *Cass.*, 28 février 1870. D. P. 71. 1. 61 ; *Cass.*, 13 avril 1872. D. P. 74. 1. 77 ; *Bordeaux*, 29 janvier 1892. D. P. 92. 2. 390 ; *Lyon*, 27 juin 1867. D. P. 67. 2. 193 ; *Bordeaux*, 17 janvier 1870. D. P. 71. 2. 96.

effet parce qu'elle est survenue trop tard ? Tout dépendra de l'interprétation que feront les juges des circonstances de la cause, et c'est pour se mettre à l'abride cette appréciation que l'offrant aura intérêt à révoquer l'offre lorsqu'il ne veut plus du contrat.

Lorsque l'acceptation sera intervenue en temps utile, le contrat se formera ; nous allons voir comment ce résultat juridique est atteint, c'est-à-dire l'influence qu'exercent réciproquement l'une sur l'autre les deux déclarations de volonté qui l'engendrent.

## CHAPITRE IV

### LE LIEN CONTRACTUEL

Nous avons vu dans notre première partie toutes les difficultés qu'il y a à s'entendre sur le moment de la formation du contrat : on a récemment proposé de trancher le débat en supprimant la difficulté ; il n'est pas étonnant, a-t-on dit, qu'on se trouve en présence d'obstacles insurmontables puisqu'on cherche un concours de volonté qui n'existe pas et ne peut pas exister. D'après ces auteurs « le contrat n'est rien de plus que la somme de deux déclarations de volonté. Et ce qui fait sa force ce n'est pas le concours des deux volontés, c'est *l'émission de chacune d'elles* » (1). La volonté individuelle suffit à obliger celui qui l'émet, l'offre engendre l'obligation du proposant, l'acceptation celle de l'acceptant ; sans doute l'une ne peut pas exister sans l'autre, mais il ne suit pas de là qu'elles soient le résultat d'une même opération juridique : l'offre est conditionnelle, elle n'est faite que sous réserve que celui à qui elle s'adresse s'obligera à son tour envers

(1) *Worms*, Volonté unilatérale, p. 185 ; Cf. *Unger*, Promesse considérée comme source d'obligations.

l'offrant, l'acceptation lorsqu'elle se produit, réalise donc la condition mise à l'offre (1) et tout en obligeant l'acceptant elle permet à la volonté de l'offrant de sortir son plein et entier effet. Il ne faut donc pas chercher une date unique à la naissance des deux obligations : l'acceptant, évidemment, n'est lié que du jour où il l'a voulu, quant à l'offrant il est lié du jour où il a fait l'offre ; la condition mise par lui à son obligation s'est réalisée, elle rétroagit au jour de l'engagement.

Telle est la théorie proposée : on nie l'existence du contrat et l'on supprime par là *toute recherche* sur le moment de sa formation ; la question de temps est pour ainsi dire dédoublée, elle se pose à propos de chaque obligation, mais elle est résolue alors avec la plus grande simplicité; chaque obligation prend naissance au jour où la déclaration qui l'engendre est remise à son destinataire (2). On déclare pourtant qu'avec les principes de notre législation actuelle cette solution ne saurait prévaloir, qu'il faut reconnaître que les deux obligations se servant réciproquement de cause l'une à l'autre n'ont pu commencer à exister qu'en même temps. L'obligation de l'offrant date donc du jour de l'acceptation et c'est le moment où l'acceptant s'est dessaisi de sa volonté, c'est-à-dire le moment où sa lettre est parvenue à l'offrant qui marque la formation du contrat » (3). La théorie ne se présente donc plus que comme une explication juridique de la naissance des obligations : on renonce à en tirer les conséquences pratiques et l'on aboutit en fait à consacrer la théorie

(1) *Worms*, op. cit., p. 179.
(2) *Worms*, op. cit., p. 188.
(3) *Worms*, op. cit., p. 188.

de la réception : cela est d'autant plus regrettable que nous avons vu les inconvénients des théories courantes : « cette timidité, comme on l'a dit (1), est incompatible avec la nature même de l'idée qui, si elle était exacte, serait une vérité suprême et irrésistible, ayant en elle une force suffisante pour supplanter immédiatement tout autre système. » Voyons donc ce qu'il faut en penser et si elle est exacte n'hésitons pas à l'appliquer jusqu'au bout.

« Il est chimérique, dit-on, de chercher le moment où les deux volontés se rencontrent vu qu'une fois que l'offrant a fait son offre il n'y songe plus ; sa volition continue à porter effet, mais en tant que fait psychologique elle cesse d'exister ; et quand l'autre partie fait connaître son acceptation celle-ci lie l'offrant qui n'a plus l'intention expresse d'offrir, qui peut-être même a le regret formel de son offre (2). »

C'est surtout dans cette dernière hypothèse que les partisans de la volonté unilatérale comme source d'obligations vantent leur théorie : voici, disent-ils, un négociant qui fait une offre en demandant une réponse dans les huit jours ; il se repent et révoque sa proposition pendant le délai ; si l'acceptation intervient en temps utile, sans aucun doute, les obligations naîtront malgré la rétractation annoncée ; où est cependant l'accord des volontés puisque l'offrant ne veut plus contracter ? (3).

(1) *Planiol*, Traité, t. II, n° 867.

(2) *Worms*, op. cit., p. 187.

(3) *Worms*, op. cit., p. 177. Un raisonnement analogue a été fait en ce qui concerne la ratification dans le contrat par commis-voyageur : « si celle-ci n'est pas envisagée comme une condition rétroagissante, dit M. Huc, elle ne peut remonter quant à ses effets à la date de l'offre. Elle sera donc absolument inefficace si le promettant a

Mais alors ne semble-t-il pas que si l'on pousse le raisonnement jusqu'au bout on doive forcément en conclure que dans ce cas c'est la *volonté de l'acceptant* qui engendre l'obligation de l'offrant? On s'arrête devant l'absurdité d'un pareil résultat et l'on se ressaisit en disant que l'offre ayant déjà lié son auteur, sa disparition importe peu : toute la question revient alors à savoir quelle obligation l'offrant a contractée. Nous avons déjà vu la controverse qui s'était élevée à ce sujet, nous avons vu aussi que rien ne nous autorisait à déclarer dès le principe l'offrant tenu de l'obligation du contrat ; il s'est simplement engagé à ne pas révoquer l'offre pendant un certain délai, et si l'acceptation intervient, elle trouve l'offre devant elle et l'accord des volontés peut se produire (1).

Cette explication a paru insuffisante à quelques-uns : « De ce que le pollicitant, a-t-on dit s'est engagé à ne pas se rétracter jusqu'à l'expiration du délai, il résulte uniquement dans le système de ceux qui repoussent ici l'idée d'une obligation créée par la volonté unilatérale qu'il doit être condamné à des dommages-intérêts, s'il viole cet engagement en retirant l'offre avant l'expiration du délai. Mais sa volonté de contracter n'en a pas moins cessé, et par suite, en supposant que l'acceptation survienne plus tard, la réunion des deux volontés n'en sera pas moins devenue impossible. L'obligation d'exécuter la prestation offerte ne peut donc avoir pour source que l'offre même, en d'autres termes, la seule volonté de l'obligé (2). » De sorte

changé d'avis... le contrat deviendra impossible. » *Huc*, op. cit., t. X, n° 27.

(1) *Demolombe*, t. XXIV, n° 65.

(2) *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Obligations, t. I, n° 33, in fine.

que MM. Baudry-Lacantinerie et Barde qui admettent en principe la théorie dela déclaration, se rangent à la théorie de la volonté unilatérale dans l'hypothèse particulière où l'*offre a été révoquée* pendant le délai.

Leur argumentation n'est pas inébranlable ; ils reconnaissent que toute offre qui est accompagnée de la fixation d'un délai pour l'acceptation donne naissance par elle-même à deux obligations distinctes ; d'abord à l'obligation de maintenir l'offre pendant le délai fixé ; puis à l'*obligation conditionnelle* d'accomplir la prestation qui fait l'objet de l'offre si celle-ci est acceptée (1). S'il en est ainsi nous ne comprenons pas pourquoi les deux obligations seraient traitées de façons différentes ; pourquoi la violation de l'une serait-elle passible de dommage-intérêts ? Pourquoi la révocation de l'autre sérait-elle sans conséquence ? Ou toutes deux doivent tomber devant une volonté contraire, ou toutes deux doivent être maintenues et c'est ce dernier résultat qui est le plus conforme à l'intérêt général et à la volonté des parties. Mais qu'avons-nous à faire alors de ces deux obligations ? Si l'offre doit être maintenue pendant le délai de façon à se rencontrer avec l'acceptation et à former le contrat, nous n'avons pas besoin de dire que par son offre l'offrant a contracté l'obligation conditionnelle d'accomplir la prestation ; si au contraire cette obligation existe dès le début peu importe le maintien de l'offre ; entre les deux, il faut choisir ; on connait nos préférences et nous hésitons d'autant moins à nous prononcer que le système de M. Baudry-Lacantinerie aboutit à un résultat singulier : le contrat est la source

(1) *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Obligations, t. I, n° 33, in principio.

normale des obligations excepté dans un cas, celui qui nous occupe, l'obligation résulte alors de la volonté d'un seul et c'est justement de la volonté de celui qui ne veut plus du marché.

La théorie de la volonté unilatérale doit donc être *rejetée :* nous l'avons vue à l'œuvre dans une hypothèse particulièrement favorable et où le concours des volontés paraît bien faire défaut; nous allons l'examiner maintenant dans l'hypothèse normale, celle où le contrat s'est formé parce qu'aucun changement de volonté ne s'est produit.

Le concours des volontés, dit-on, n'existe pas parce qu'au moment où l'acceptation se manifeste, l'offrant n'a plus l'intention formelle d'offrir. Cette affirmation est tout au moins contestable, autant vaudrait dire qu'un commerçant se désintéresse de ses affaires! A supposer d'ailleurs qu'on rencontre une personne assez insouciante pour oublier les offres qu'elle a faites, ne peut-on pas penser que l'acceptation les lui remettra en mémoire et permettra ainsi la rencontre des deux vouloirs. Mais à quoi bon discuter sur ce terrain! L'offre une fois émise a une existence propre, indépendante de la personne de son auteur : c'est elle qui attend l'acceptation, c'est avec elle que le concours se réalise et c'est ce concours qui engendre les deux obligations.

Comment comprendre autrement le *lien intime* qui les unit? Une des parties ne peut pas exiger de l'autre qu'elle accomplisse sa prestation si elle-même de son côté ne se déclare pas prête à accomplir la sienne; en serait-il ainsi si les deux obligations n'avaient pas une même origine. On dit bien que l'une est la condition de l'autre, soit; mais cette condition se réfère à la naissance des deux

obligations, elle n'a rien à voir dans leur exécution ; une fois nées les deux obligations doivent être indépendantes et s'exécuter séparément : on ne l'admet pas et l'on a raison, mais alors il faut justifier cette dépendance réciproque.

Kella et après lui Kardowa ont considéré que chacune des deux parties n'avait promis la prestation à laquelle elle s'était engagée que *déduction faite* de la contre-prestation qui lui était due ; cette dernière affecte le contenu de l'obligation réciproque en ce sens qu'elle en diminue l'étendue ; les obligations résultent donc de la volonté individuelle, mais celui qui réclame ce qui lui est dû sans donner ce qu'il doit, fait une « plus petitio » et on peut le repousser. Cette conception n'est pas à l'abri de la critique « les deux obligations ne sont pas comme on voudrait le dire affectées l'une par l'autre au point de vue de leur contenu, elles restent entières au point de vue juridique » (1). Il faut donc chercher ailleurs l'explication de la règle de droit que nous demandons.

On ne peut à notre avis la trouver que dans ce fait : les deux obligations intimement *unies à leur naissance*, doivent l'être à leur *exécution ;* elles résultent toutes les deux d'un *même contrat*, les parties les ont considérées comme un tout irréductible ; l'acceptant fait plus que réaliser une condition désirée par l'offrant, il ne s'engage que parce qu'il s'empare en même temps de la volonté du proposant qu'il sent d'accord avec la sienne ; l'obligation qu'il assume a moins d'importance à ses yeux que celle dont il va bénéficier ; l'acceptation est moins la volonté de s'obliger que la volonté de profiter de l'offre. On peut

(1) *Saleilles*, Obligation, p. 179.

en dire autant de cette dernière : l'offrant s'oblige sans doute puisqu'il ne peut pas faire autrement, mais ce qu'il veut surtout, c'est qu'on s'engage envers lui. Comment dire alors que les obligations résultent de la volonté de chacun des contractants ? Elles nous apparaissent au contraire comme *un sacrifice* consenti à regret en échange du profit espéré, elles ne naissent que parce que l'autre partie l'exige, elles sont en somme le résultat d'un accord de volontés.

L'existence d'un contrat est donc indéniable, reste à définir ce qu'il faut entendre par le concours des volontés : on le considère généralement comme un *troisième stade* de la formation du contrat, le concours des volontés, dit-on est la résultante des deux déclarations individuelles qu'il absorbe ; l'offre et l'acceptation sont nécessaires à la naissance du contrat, mais l'offre une fois acceptée n'existe plus en tant qu'offre, elle se confond avec l'acceptation (1) ; les deux déclarations de volonté se pénètrent l'une l'autre et produisent le consentement. Celui-ci est le seul dont il faille désormais s'occuper : s'il nous était permis d'employer une comparaison, nous dirions volontiers que ; dans l'opinion courante, le consentement est aux deux manifestations de volonté ce que l'eau est à l'hydrogène et à l'oxygène qui la composent, il a une existence indépendante et des propriétés particulières : c'est lui qui crée les deux obligations.

Cette manière de voir nous paraît défectueuse : le contrat c'est l'accord de deux volontés individuelles dont *chacune demeure* ce qu'elle est ; il est formé non pas lorsque les deux déclarations se sont *fondues* mais lors-

(1) *Pigozzi*, Archivio giuridico, 1870, VI, p. 49.

qu'elles se sont *rencontrées*, ce qui n'est pas la même chose ; à travers le consentement, on peut toujours distinguer les volontés particulières qui en sont la trame, on peut voir en quel point elles se croisent : c'est le contact qui engendre l'obligation, résultat de deux volontés superposées mais distinctes ; il s'agit alors de savoir, puisque les deux déclarations font le même trajet (de l'offrant à l'acceptant et vice-versa), si elles ne se rencontrent qu'une fois, comme on le dit généralement, ou si plutôt il n'y a pas deux points de contact situés chacun chez l'un des contractants, constituant à eux deux le concours des volontés et donnant chacun naissance à une obligation.

La première solution prévaut généralement : c'est en même temps, dit-on, que les deux parties sont liées, leurs obligations datent d'un instant unique, celui de la formation du contrat ; les deux obligations existent au moment de l'acceptation ou au moment de son arrivée à l'offrant, suivant qu'on adopte la théorie de la déclaration ou celle de l'information ; nous voudrions montrer que cela n'est pas exact et qu'en fait, sinon en droit, même dans les théories traditionnelles, les deux obligations sont antérieures au moment de la formation du contrat.

Dans ce but, supposons que l'offre ou l'acceptation ait été révoquée et demandons-nous à quelles conditions cette révocation pourra être efficace : est-il nécessaire qu'elle soit connue de l'autre partie avant la conclusion du contrat ou suffit-il qu'elle soit manifestée avant ce moment.

On admet sans difficulté que la révocation de l'acceptation dans les cas où elle est possible, ne peut produire effet que si elle est *notifiée à l'offrant* avant ou au plus tard en même temps que l'acceptation ; à ce moment

extrême le concours des volontés existe, le contrat est indissolublement lié nonobstant tout changement de volonté antérieur, mais resté ignoré.

La controverse apparaît en ce qui concerne la révocation de l'offre et elle divise tout à la fois les partisans de la théorie de la déclaration et ceux de la théorie de l'information.

Le principe sur lequel repose cette dernière et d'après lequel une volonté n'a pas d'effet juridique pour celui qui l'ignore, devrait, semble t-il, conduire à cette conclusion que l'efficacité de la révocation est intimement liée à la connaissance que peut en avoir eue la partie qui a reçu la proposition. L'opinion contraire a cependant été soutenue : « De ce qu'il est nécessaire, disent MM. Delamarre et Le Poitevin (1), que mon acceptation vous soit connue pour rendre le contrat irrévocable, il ne s'ensuit pas, que pour l'empêcher de se former, il soit pareillement nécessaire que j'ai connu la rétractation de vos offres avant de les accepter. Il suffit qu'en fait cette rétractation ait préexisté à mon acceptation parvenue à votre connaissance, car le contrat ne se forme que parce que les contractants ont persisté ou sont réputés persister dans leurs volontés respectives précédemment exprimées. Or, cette présomption s'évanouit devant la preuve contraire. »

C'est également l'opinion des partisans de la théorie de la déclaration qui ne font, en cela, qu'appliquer leur principe ; il suffit que l'offre ait été révoquée en fait avant l'acceptation pour que le contrat ne se forme pas, quand

(1) *Delamarre et Le Poitevin*, op. cit., t. I, n° 107 ; *Robert*, Contrat par correspondance, p. 181 et 223 ; Cf. *Bordeaux*, 17 janvier 1870. D. 71. 2. 296 ; *Riom*, 12 décembre 1883. D. 85. 2. 102.

même cette rétractation ne serait connue de l'autre partie qu'après l'acceptation.

Si l'on adopte cette manière de voir, il est évident que le moment où l'offrant est lié se confond avec celui de la formation du contrat ; il est maître de sa volonté jusqu'à la dernière limite, mais un inconvénient grave en résulte ; l'incertitude sur la conclusion du contrat puisque l'acceptant peut toujours s'attendre à recevoir avis d'une révocation antérieure à la naissance du contrat ; mais alors personne ne voudra plus traiter entre absents si l'acceptant, au moment où il accepte, ne se trouve pas en présence d'une volonté aussi sérieuse que si elle venait de lui être déclarée verbalement.

Aussi certains partisans de la théorie de la déclaration (1) admettent-ils que la révocation de l'offre ne produit effet qu'autant qu'elle est connue de l'offrant avant l'acceptation. L'offre une fois manifestée, disent-ils, acquiert une existence propre, indépendante de la volonté interne du proposant ; le destinataire la considère tant qu'il ne connaît pas la révocation comme l'expression de la volonté actuelle de l'offrant. C'est la solution qui découle normalement de la théorie de l'information : la révocation de l'offre n'a pas d'effet tant qu'elle est ignorée ; elle est inefficace si l'autre partie ne la connaît pas avant la conclusion du contrat.

L'offre et l'acceptation sont donc soumises aux mêmes règles, elles valent tant que la volonté contraire n'a pas

(1) *Vincens*, op. cit., t. II, p. 49 ; *Hepp*, op. cit., § III ; *Serafini*, Telegrafo, p. 73 ; *Giorgi*, Teoria delle obligazioni, t. III, nº 233 ; *Bianchi*, Hommage à Serafini, p. 62 ; *Warthon*, § 422 ; *Pollock*, op. cit., p. 10.

été notifiée, et il est trop tard pour le faire après la formation du contrat.

Mais alors la conclusion s'impose et c'est ici que nous voulions en venir ! Le changement de volonté n'est plus possible lorsqu'il est trop tard pour qu'il arrive en temps utile à la connaissance de l'autre partie, et ce moment se produira plus ou moins longtemps avant la conclusion du contrat, suivant les moyens de communications à la portée des contractants. Il leur sera le plus souvent impossible, une fois l'offre ou l'acceptation partie, de revenir sur la volonté exprimée, lorsque l'expéditeur aura employé le moyen le plus rapide à sa disposition, voiture, lettre ou télégraphe ; à supposer qu'il existe encore un moyen plus rapide pour expédier la révocation, l'emploi n'en sera pas toujours possible, par exemple si le courrier est parti ou si le bureau du télégraphe est fermé ; dans quelque hypothèse enfin qu'on se place, la révocation n'est plus possible, et par suite la partie est liée à un moment qui précède la conclusion du contrat au minimum de tout le temps nécessaire pour faire parvenir la révocation par le moyen le plus rapide à la disposition des contractants. Nous avions donc bien raison d'affirmer que *le moment où les parties sont liées n'est pas celui de la conclusion du contrat*.

S'il en est ainsi, pourquoi vouloir maintenir en droit une solution qui n'est pas exacte en fait, et surtout pourquoi vouloir que les deux obligations prennent naissance au même moment. Sans doute le contrat est le fait générateur des obligations, en ce sens que sans lui aucune ne peut exister ; mais cela ne veut pas dire que rien n'est fait avant sa conclusion définitive ; il nous suffira pour le montrer d'analyser la situation.

L'acceptation constitue, nous l'avons dit, une déclara-

tion de volonté qui part d'un lieu pour arriver dans un autre : toute la question est de savoir si l'on doit s'en tenir à *l'un* de ces faits, émission ou réception, ou si au contraire on ne peut pas, les prenant *tous deux* en considération, faire produire à chacun ses effets.

La première idée inspire les théories traditionnelles dont nous avons montré les défauts ; la distinction entre le moment où l'acceptation est émise de celui où elle arrive, à son adresse nous paraîtra naturelle, si nous nous pénétrons des intentions de l'acceptant ; il a voulu s'emparer de l'offre et en échange il a voulu s'obliger : le premier résultat est celui auquel il tient le plus ; le second ne vient qu'ensuite et comme un sacrifice nécessaire ; l'un et l'autre ne peuvent être que la conséquence d'un accord de volonté, par conséquent avant l'acceptation rien n'est fait. Mais en est-il de même dès qu'elle a été manifestée ; l'acceptant n'a-t-il pas à ce moment fait tout ce qu'il pouvait et tout ce qu'il devait pour réaliser le contrat, pourquoi ne pas déclarer qu'à ce moment l'offrant est obligé ; s'ensuit-il que l'acceptant doive l'être aussi ? Évidemment non !

L'acceptant ne s'oblige qu'à regret et par conséquent le plus tard possible : sans doute il sait que son obligation est une condition « sine qua non » de l'obligation de l'offrant, et que s'il renonce à s'obliger, il faut qu'il renonce aussi au profit qu'il espère ; mais il ne suit pas de là forcément que son obligation doive prendre naissance en même temps que son droit ; son droit existe du jour où il a accepté, son obligation du jour où l'offrant sait qu'il a accepté. Jusque-là l'acceptant peut réfléchir et empêcher la formation du contrat : l'offrant ne saurait se plaindre d'une pareille solution, pour lui l'ac-

ceptation n'existe pas tant qu'il n'en a pas eu connaissance (1).

L'émission de l'acceptation *lie l'offrant :* elle laisse sa *liberté à l'acceptant :* et cette solution cadre parfaitement avec les principes que nous avons admis sur la validité d'une déclaration de volonté; nous savons d'ailleurs que si l'auteur d'une acceptation veut révoquer son consentement, il doit le faire en temps utile pour que la révocation arrive à l'offrant au plus tard en même temps que l'acceptation ; nous pouvons donc dire «que l'acceptant en émettant l'acceptation, se lie également lui-même dans une certaine mesure au même titre que l'auteur de l'offre, puisque même s'il révoque à temps son acceptation, c'est-à-dire avant qu'elle soit parvenue à destination, sa révocation sera non avenue si elle ne parvient au pollicitant qu'après l'acceptation reçue ; celle-ci au moment où elle arrive, n'exprime plus en fait qu'une volonté révoquée et cependant le contrat se forme ; c'est donc que pour l'acceptant son acceptation le lie d'avance, en ce sens qu'elle produira effet dès sa réception et indépendamment de toute révocation déjà émise » (2). Quoi qu'il en soit, l'obligation de

(1) On objectera peut-être que si l'acceptation n'existe pas pour lier son auteur, elle n'existe pas non plus pour lier l'offrant ; mais la réponse est facile ; l'offrant est lié parce que l'acceptant peut en fait se prévaloir de sa volonté dès l'instant où elle est manifestée et parce l'offrant a d'avance souscrit à ce résultat ; l'acceptant n'est pas lié parce que dans ce but l'offrant doit invoquer l'acceptation et cela lui est manifestement impossible tant qu'il ne sait pas qu'elle existe.

(2) *Saleilles,* Théorie générale de l'oblig., n° 140 ; Rappelons que dans le contrat par commis-voyageur, il n'est pas nécessaire de l'émission de l'acceptation pour lier le tiers ; il l'est déjà en vertu de sa promesse de vente ou d'achat.

l'acceptant ne naît juridiquement qu'au moment où l'acceptation arrive à l'offrant, ce dernier est déjà lié antérieurement. Comme on le voit, nous combinons les deux théories classiques de la déclaration et de l'information : nous prenons chez chacune d'elles les solutions qui nous paraissent le plus conformes à la volonté des parties.

La théorie que nous venons d'émettre n'est pas nouvelle, nous en avons vu les résultats consacrés par les auteurs que les *considérations pratiques* avaient conduits à déroger à leur principe : nous avons vu tel partisan de la théorie de l'information refuser à l'offrant le droit de se rétracter après l'émission de l'acceptation, alors que cependant l'auteur de cette dernière pouvait toujours revenir sur sa déclaration ; nous avons vu de même certains partisans de la théorie de la déclaration accorder à l'acceptant le droit de révoquer sa volonté tant qu'elle n'était pas connue de son destinataire, alors que celui-ci était lié dès la manifestation de l'acceptation. Dans le même sens, la loi sur les obligations pour l'Inde Anglaise décide « que la communication d'une acceptation est complète à l'égard du proposant dès qu'elle lui est expédiée, de manière à n'être plus au pouvoir de l'acceptant ; à l'égard de ce dernier dès qu'elle parvient au proposant » (art. 4). C'est encore la théorie soutenue par un auteur allemand *Windscheid* (1), d'après lequel dans le cas d'une convention bilatérale, l'offrant est lié par la déclaration d'acceptation, l'acceptant ne l'est que par l'arrivée de sa déclaration chez l'offrant.

Il nous faut maintenant reprendre notre solution et la concilier avec cette idée, que les deux obligations résul-

(1) *Windscheid*, Pandectes, §§ 306 à 308.

tent de *l'accord des volontés* ; il nous faut montrer comment ce dernier peut se manifester dans un même contrat à deux moments différents.

Il ne serait pas difficile *historiquement* de rencontrer une époque où les obligations constitutives de la vente avaient des dates distinctes et résultaient chacune d'un accord de volonté ; il suffirait pour cela de songer à l'époque lointaine de Rome où les contrats consensuels n'existaient pas encore et où la vente n'était que le résultat de deux stipulations. Il ne saurait évidemment nous venir à l'esprit d'invoquer ce précédent historique à l'appui de notre solution, et si nous en parlons ce n'est que pour éclaircir par voie de comparaison ce qu'il faut entendre par concours des volontés.

Si ce concours se manifestait deux fois dans la vente romaine par stipulation, c'est qu'en réalité il y avait là *deux contrats unilatéraux* par lesquels chacune des parties s'engageait à accomplir sa prestation ; l'opération nécessitait quatre déclarations de volontés qui se correspondaient deux à deux, chacune des parties jouant réciproquement le rôle d'acceptant et d'offrant ; il n'en est pas de même dans le contrat moderne entre absents ; les déclarations sont au nombre de deux, l'offre et l'acceptation, il n'y a qu'une demande et qu'une réponse, il n'y a en un mot qu'un contrat.

Comment justifier alors la solution que nous adoptons ? Cela nous paraît impossible si l'on ne distingue pas l'accord des volontés de leur concours.

L'accord est une pure abstraction, c'est un phénomène de notre conscience, c'est le *sentiment* que ce que nous voulons un autre le veut aussi, fait particulier à celui qui l'éprouve, mais qui se produit chez les deux parties d'une

manière identique quoique à des moments différents, puisqu'il a les mêmes causes : l'offre et l'acceptation.

Le concours des volontés, c'est cette communauté de sentiments éprouvés par les deux parties, c'est ce *fait* que chacun sait la coexistence des vouloirs et leur adaptation l'un à l'autre.

La distinction peut se saisir aisément à la manifestation de l'acceptation : à ce moment, l'acceptant seul sait qu'il est en communion d'idées avec l'offrant, il sent l'accord des volontés, mais l'offrant ne s'en doute pas, l'accord n'apparaît pas à sa conscience, le concours est impossible.

Chez l'offrant, il est vrai, l'accord et le concours paraissent ne faire qu'un, en ce sens que l'existence de l'un entraîne celle de l'autre ; au moment où il sent l'accord des volontés, il est averti par la force même des choses que l'acceptant en a conscience ; la constatation que le concours est réalisé accompagne forcément pour lui le sentiment qu'il a de l'accord des volontés, mais cela n'empêche pas que les deux choses ne puissent être distinguées et l'on relève des traces de cette distinction dans la conduite de l'acceptant. L'accord de sa volonté avec celle de l'offrant ne suffit pas, il le sait, à former le contrat : il faut que les deux parties aient connaissance de l'accord intervenu et c'est dans ce but qu'il lui fait connaître l'acceptation, de manière à réaliser un concours qui est pour lui une chose à venir et qui est, au contraire, chose actuelle pour l'offrant quand il reçoit l'acceptation, c'est-à-dire quand il a conscience que les volontés sont d'accord.

L'accord des volontés est en un mot un sentiment que les deux parties éprouvent successivement ; le concours, c'est l'existence de ces deux sentiments identiques ; il

consiste en ce qu'à un moment donné les deux parties ont conscience de tendre au même but, c'est un fait que l'une d'elles cherche à réaliser et dont l'autre constate la réalisation.

Le concours des volontés est indispensable à la formation du contrat ou plutôt il se confond avec lui : le contrat n'existe que lorsque les deux parties connaissent leurs volontés réciproques ; le contrat donne en effet à chacune le droit d'exiger de l'autre la prestation qu'elle a promise et il est évident que l'offrant ne peut pas agir tant qu'il ne connaît pas l'acceptation. Qu'on ne dise pas que la notification qu'il en reçoit est indépendante de la formation du contrat, celui-ci en effet n'existe que lorsque les volontés coïncident et cet accord n'est rien en dehors de la conscience des parties. C'est un *phénomène interne* imputable à deux causes : la volonté de contracter et une volonté semblable manifestée par autrui ; la première touche son auteur dès qu'elle existe, puisque c'est lui qui la fait ; la seconde, venant du dehors, le laisse insensible tant qu'elle ne lui est pas notifiée. Cela nous explique que l'acceptation, s'ajoutant à l'offre, soit avant sa réception sans effet pour l'offrant, et qu'à ce moment seulement se produise chez lui cet état d'âme dont nous avons parlé comme élément constitutif du concours. C'est alors seulement qu'il éprouve la même impression que l'acceptant en émettant l'acceptation, « nos deux volontés sont d'accord ». Jusque-là, pour lui, l'offre existe seule ; l'acceptation ne l'a pas touché et elle n'a pas d'ailleurs d'existence juridique certaine puisqu'elle est toujours révocable.

S'ensuit il que jusque-là on doive la tenir pour non avenue, évidemment non ! et c'est ici le lieu de montrer *l'importance de l'accord des volontés*. La volonté uni-

latérale est impuissante à transférer ou faire acquérir un droit, il lui faut pour cela l'assistance d'une volonté étrangère : je ne peux rien acquérir si l'on ne m'offre rien, je ne puis rien transférer à qui ne veut rien acquérir. Mais du moment que les deux volontés coexistent, le résultat est possible ; le destinataire de l'offre l'a trouvée à son gré et il l'a acceptée, pourquoi le but qu'il poursuit ne serait il pas atteint? Sans doute, il y a deux intéressés dans le contrat et, pour l'offrant, l'accord des volontés ne s'est pas produit tant qu'il ne connaît pas l'acceptation ; mais faut-il pour cela le négliger dans la personne de l'acceptant, ce serait aller à l'encontre de la réalité des choses et de l'intention des parties : l'offrant, par cela même qu'il traitait entre absents, a su qu'au moment où elle lui parviendrait l'acceptation aurait déjà rencontré l'offre : tout ce que l'on peut tirer de cette analyse, c'est que les effets de l'acceptation ne se produiront pour l'offrant qu'au moment où il la recevra, parce que c'est à ce moment seulement que pour lui se produira l'accord des volontés.

Mais alors ne semble-t-il pas que nous ayons adopté la solution précisément contraire à celle qui découle de notre démonstration? L'émission de l'acceptation, avons nous dit, lie l'offrant ; or, nous venons de montrer que pour lui l'accord des volontés n'existe pas avant la réception de l'acceptation. A l'inverse, nous avons donné à l'acceptant le droit de se rétracter et nous venons de montrer que pour lui l'accord des volontés existe dès l'émission de l'acceptation. La contradiction n'est qu'apparente, il suffit pour s'en convaincre de se rappeler ce que nous avons dit sur la *validité d'une déclaration de volonté :* l'acceptation n'existe pour l'offrant que lorsqu'il en a connais-

sance, si donc antérieurement ou en même temps il reçoit l'avis d'une révocation, l'acceptation pour lui est censée n'avoir jamais existé, l'accord des volontés pour lui ne s'est jamais produit, l'acceptant n'a jamais été lié. Quant à l'offrant, si nous lui enlevons le droit de se dédire après que l'acceptation a été manifestée, bien que pour lui elle n'existe pas encore, c'est qu'il a dû s'attendre à ce que les choses se passent ainsi. Il a d'abord été lié, nous l'avons vu, par sa volonté unilatérale, il était contraint de ne pas révoquer l'offre pendant un certain délai, l'acceptation est survenue ; or, comme c'est lui qui l'avait provoquée, il est juste de dire qu'il en acceptait les effets dès qu'elle serait manifestée, c'est-à dire qu'il consentait à ce que l'obligation qu'il avait assumée en vertu de sa promesse soit convertie en une obligation conventionnelle et définitive.

Les obligations résultent donc de deux accords de volonté, mais *en sens inverse* pour ainsi dire : l'accord de volonté qui se produit chez l'acceptant crée l'obligation de l'offrant et réciproquement, cela cadre à merveille avec ce que nous avons dit plus haut que chacune des parties ne s'oblige envers l'autre que contrainte et forcée. L'engagement de l'offrant est, d'autre part, antérieur à celui de l'acceptant, la solution est on ne peut plus logique ! L'acceptant ne s'oblige en effet que parce que l'autre partie est venue le trouver et a promis de s'obliger envers lui, il est donc juste que lorsqu'il a donné son consentement, le profit qu'il espère ne puisse plus lui être enlevé.

Qu'on ne nous accuse pas d'ailleurs de distinguer la naissance des obligations de la formation du contrat : les obligations découlent, il est vrai, chacune d'un accord de volonté, mais ce n'est en somme que le sentiment d'un

même fait (coïncidence de l'offre et de l'acceptation) apparaissent successivement à la conscience des contractants: le concours n'est que la réalisation de cet accord à l'égard des deux parties, en sorte que tout, obligation et contrat, découle d'un même principe : coïncidence des volontés individuelles; nos distinctions ne sont pas motivées comme à Rome par l'existence de deux obligations, mais par l'*existence de deux parties* situées en des *endroits différents*.

L'acceptant peut donc révoquer sa volonté tant qu'elle n'est pas arrivée à son adresse, mais ce droit sera quelquefois purement théorique, quelquefois même il n'existera pas du tout; c'est ce que nous allons montrer rapidement en passant en revue quelques hypothèses particulières.

On discute beaucoup pour savoir si le contrat par téléphone est un contrat entre présents ou un contrat entre absents ; l'intérêt qu'on donne généralement à la controverse est celui-ci : le contrat est-il entre présents, il n'est certainement formé qu'au moment où l'offrant connaît l'acceptant; est-il entre absents, il s'agit alors de savoir si l'on doit adopter la théorie de la déclaration ou celle de l'information.

Certains auteurs (1) s'attachant à la *présence réelle* des parties déclarent que la physique peut bien faire des merveilles et rendre les communications instantanées, mais elle ne peut pas supprimer la distance qui sépare les contractants et faire que deux personnes soient présentes, entre lesquelles s'étend un espace de plusieurs kilomètres.

(1) *Vidari*, Giornale delle leggi, nos 42 et 46 ; *Bolaffio*, Archivio giuridico, t. XXIX. p 505 ; *Valery*, op. cit., p. 61.

A quoi l'on répond que l'éloignement des parties ne fait rien à l'affaire ; ce qui est décisif, c'est le fait qu'entre l'émission et la perception, il n'y a *aucun intervalle appréciable* et que les paroles échangées sont connues de celui à qui elles s'adressent au moment même où elles ont été prononcées (1).

Mais alors, objectent les partisans de la première opinion, il faut aussi déclarer entre présents un contrat conclu au moyen d'un télégraphe privé, c'est-à-dire que les deux parties manœuvreraient elles-mêmes sans l'intervention de qui que ce soit ; chacune connaît bien alors la pensée de l'autre dès qu'elle a été manifestée et cependant on ne va pas jusque-là (2).

La controverse *n'a pas d'intérêt*, suivant nous, au point de vue que nous envisageons actuellement ; sans doute, lorsqu'il s'agira de savoir quel est le lieu du contrat, les deux parties étant situées en des endroits différents, il faudra bien choisir et nous aurons à voir si la question ne doit pas être reprise, mais du moins en ce qui concerne le moment de la formation du contrat, peu importe qu'il soit entre présents ou entre absents ; d'une manière comme de l'autre, nous le savons, l'acceptation ne devient irrévocable que par son arrivée chez l'offrant ; mais dans la correspondance téléphonique, comme elle a été expédiée par le moyen le plus rapide qui soit à la disposition des parties, elle ne pourra jamais être reprise, parce que toute révocation de l'acceptation arriverait après celle-ci ; de

(1) *Saleilles*, décl. de vol., p. 174 ; *Gabba*, Giornale delle Leggi, n° 40 ; *Darquer*, op. cit., p. 11 ; *Rossel*, Dr. fédéral des obligations ; *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Obligations, t. I, p. 55, n° 40, in fine.

(2) *Bianchi*, I contratti per telefono, p. 28.

sorte que, théoriquement, nous adoptons la même solution que si les parties avaient traité par lettres, mais pratiquement nous arrivons au même résultat que si elles étaient face à face, le droit de révocation conféré à l'acceptant est purement théorique.

Il n'existera même pas du tout dans le cas où le contrat aura été accepté tacitement, et alors les deux parties seront liées en même temps; un résultat semblable est atteint lorsqu'un délai a été fixé pour accepter, les deux parties ne sont liées qu'à la réception de l'acceptation par l'offrant.

Celui qui accepte tacitement ne peut plus revenir sur la volonté qu'il a manifestée; il va sans dire que nous désignons par là l'acceptation tacite au sens que nous avons défini; l'expéditeur d'une marchandise peut toujours la reprendre et empêcher la formation du contrat; sans doute « le négociant qui, ayant résolu d'accepter l'offre d'un acheteur, courrait après sa denrée mise en route et la vendrait ailleurs sans autre motif de se rétracter qu'une augmentation de prix dont il voudrait profiter, serait condamné par tous les négociants comme un mauvais correspondant et un malhonnête homme » (1); mais là n'est pas la question, le droit de révocation existe, c'est tout ce que nous voulions constater. Il n'existerait pas au contraire dans les hypothèses normales d'acceptation tacite, parce que celle-ci résulte d'un fait impossible à effacer matériellement et alors l'acceptation liera son auteur au même moment que celui à qui elle s'adresse.

Il en est ainsi et *l'obligation des deux parties date du même moment* lorsque le contrat se forme par le

(1) *Vincens*, Législation commerciale, p. 47, note.

silence de celui qui a reçu l'offre ; une seule manifestation de volonté s'est produite, l'acceptation s'induit des circonstances. Celles-ci étant le plus souvent antérieures au contrat projeté, peuvent bien permettre de voir s'il y a acceptation, mais ne permettent certainement pas de lui fixer une date précise ; on est obligé pour cela de s'en tenir à la seule déclaration réalisée ; or, l'offre n'a d'effet qu'une fois parvenue à son adresse, c'est à ce moment que le contrat est formé (1) ; c'est de ce moment que datent les obligations des parties et cela est logique : les circonstances autorisent à présumer l'acceptation : elles autorisent par conséquent aussi à la présumer le plus tôt possible, c'est-à-dire dès la réception de l'offre. Sans doute en fait, les parties ne sont pas liées depuis ce moment puisque le destinataire de l'offre pouvait la rejeter, mais en droit, il est impossible de s'arrêter à un autre moment comme étant celui de la formation du contrat ; l'acceptation par simple silence a en quelque sorte effet rétroactif.

Supposons maintenant qu'un *délai* a été donné pour accepter : le *même résultat* va se produire mais en sens inverse, les deux parties seront liées en même temps, mais leur obligation datera pour toutes les deux de l'arrivée de l'acceptation entre les mains de l'offrant. Dès l'instant où l'auteur de l'offre n'a pas reçu la réponse à l'époque fixée, il a dû croire qu'elle n'était pas acceptée (2) ; il a dès lors recouvré sa liberté et pu légitimement s'adresser à une autre personne.

(1) *Baden*, 3 juin 1867. D. P. 67. 2. 166 ; *Aix*, 13 août 1873. D. P. 77. 5. 456.

(2) *Lyon-Caen et Renault*, Traité, t. III, n° 21 ; *Guillouard*, Vente, t. I, n° 13 ; *Valery*, op. cit., n° 195 ; *Bruxelles*, 25 février 1867, D. P. 67. 2. 193 ; *Lyon*, 27 juin 1867. D. P. 67. 2. 194.

C'est un résultat qui doit être admis même par les partisans de la théorie de la déclaration quoique le principe sur lequel elle repose dût conduire à la conséquence contraire ; mais la solution s'impose et nous n'hésitons pas à déclarer que l'offrant est libre si la réponse ne lui arrive pas en temps utile encore que l'acceptation ait été manifestée dans le délai.

En effet dans les contrats entre absents la communication des volontés individuelles se fait par des procédés forcément soumis à l'imperfection des choses humaines; l'acceptation manifestée arrivera plus ou moins vite à son adresse, et laissera dans l'incertitude l'auteur de l'offre pendant un temps plus ou moins long ; il est donc naturel que celui-ci dans le but de diminuer son attente ajoute à son offre la condition que l'acceptation arrivera dans tel délai ; s'il n'a rien reçu à l'expiration du délai, il doit recouvrer sa liberté.

A cela on répond (1) que c'est ajouter à l'offre une condition suspensive et que la condition ne se présume pas; chacune des parties doit répondre de sa faute, si c'est à elle qu'est imputable le retard dans l'arrivée de l'acceptation; à supposer qu'il soit dû à un cas de force majeure les deux contractants doivent le supporter également ; la théorie contraire a pour résultat d'imposer à l'acceptant dans la majorité des cas les conséquences d'un retard qu'il a tout fait pour empêcher ; on ajoute que si le proposant entendait n'être lié que pendant un certain temps, il devait avertir le destinataire, en faire mention dans son offre et dire que c'était une condition du contrat.

Mais alors à quoi sert le délai et qu'importe à l'offrant

(1) *Pigozzi*, Arch. giuridico, 1870, VI, p. 43.

l'existence d'une acceptation qu'il ne connaît pas ; pour lui l'accord des volontés, nous l'avons montré, n'existe pas avant l'arrivée de l'acceptation ; s'il est ordinairement lié avant ce moment, c'est qu'on doit raisonnablement penser qu'il l'a voulu ainsi et il a toujours le droit de déclarer le contraire ; cette volonté de n'être lié qu'à l'arrivée de l'acceptation ne résulte-t-elle pas de l'existence du délai pour accepter ; en réalité en adoptant notre solution, nous n'ajoutons rien à l'offre, nous ne faisons que l'interpréter.

Tels sont les différents cas où les deux parties sont liées au même moment; ils constituent l'*exception* ; en règle générale les obligations ont des dates différentes qui sont déterminées par l'instant où l'acceptation existe à l'égard de chacun des contractants, le moment où elle est émise et celui où elle arrive.

Il nous faut maintenant examiner quelles conséquences peuvent avoir sur la conclusion du contrat *certains changements* survenus dans la personne des parties : l'offre une fois faite, l'un des contractants meurt ou devient incapable, l'acceptation est-elle toujours possible ? La solution négative est celle qui prévaut généralement; toute *modification dans la capacité* des parties empêche la formation du contrat si elle n'est déjà un fait accompli, et cela nous conduirait à admettre, étant donné ce que nous avons dit plus haut, que le contrat n'est plus possible si l'une des parties meurt ou devient incapable avant que l'acceptation n'ait été reçue par l'offrant. Nous avons vu dans notre première partie les inconvénients qui résultaient d'un tel système et remarquons que ces inconvénients seraient beaucoup plus graves avec notre théorie, car si l'acceptation lie l'offrant, et si d'autre part la mort ou l'incapacité

survenue avant la conclusion définitive empêche le contrat de se former, nous arrivons à ce résultat que tout changement survenu aux parties après l'acceptation mais avant son arrivée à l'offrant, fait tomber une obligation déjà née. Demandons-nous donc s'il y a quelque *principe juridique* qui commande une pareille solution et s'il ne serait pas possible de satisfaire aux exigences de la pratique.

Et d'abord pourquoi refuser au destinataire de l'offre devenu incapable le droit d'en profiter? L'article 1108 n'a évidemment rien à voir dans la question: en exigeant la capacité de la partie qui s'oblige, il veut simplement dire que le consentement doit émaner d'une personne capable ou dûment représentée; pourquoi dès lors ne pas permettre l'acceptation de l'offre par le représentant de celui qui l'a reçue? N'est-il pas bizarre que le tuteur par exemple puisse accepter une offre postérieure à sa nomination et qu'il ne le puisse pas vis-à-vis d'une offre qu'il aurait trouvée déjà faite à son entrée en fonction! Est-il donc de l'intérêt du destinataire d'accepter lui-même ou de ne pas accepter du tout? A la vérité l'intérêt du destinataire est étranger à la question la preuve en est que le contrat serait rendu impossible par l'incapacité de l'offrant ou encore par l'incapacité survenue à l'acceptant avant que son acceptation n'arrivât chez l'offrant, et pourtant dans ces hypothèses l'acceptation émane bien de celui à qui on l'a demandée; chacune des parties au contrat a personnellement manifesté sa volonté. Comment expliquer alors qu'on dise que le contrat ne se forme pas : c'est uniquement à notre avis parce qu'on admet cette solution en cas de décès survenu aux parties.

Sur ce terrain, il est vrai, l'opinion que nous combattons

paraît plus facilement défendable ; « sans doute, a-t-on dit (1), on est censé stipuler ou promettre pour soi et pour ses héritiers, dans ce sens que le droit acquis ou conféré par la promesse est transmis aux héritiers respectifs du créancier et du débiteur ; l'intérêt de la société exige impérieusement cette transmission ; mais la volonté ou le consentement réciproque qui doit former le contrat n'est pas transmissible de sa nature ; c'est une chose tellement inhérente à la personne, qu'elle s'éteint avec elle sans pouvoir passer à ses héritiers. Je puis persévérer dans la même volonté jusqu'à ma mort ; mais cette volorté ne peut me survivre, elle meurt nécessairement avec moi. Mes offres sont donc par la nature même attachées à ma personne.

La faculté de les accepter est également personnelle à celui à qui je les ai faites ; elle ne peut passer à ses héritiers ni faire partie de sa succession puisqu'il n'avait aucun droit acquis avant sa mort. Si je consentais à contracter avec ses héritiers aux mêmes conditions que je lui avais offertes, ce serait un autre contrat que celui dont sa mort a rompu le projet, un contrat qui ne conférerait de droit qu'à ceux avec qui il serait passé et du moment où il serait passé. »

La non formation du contrat s'expliquerait donc par l'intransmissibilité active ou passive de l'offre et la règle cesserait toutes les fois que l'offre sera d'un caractère tel qu'elle doit passer aux héritiers ; cela aura lieu lorsqu'un délai a été donné pour accepter ; la mort ou l'incapacité survenue dans le délai n'empêche pas la formation du contrat

(1) *Toullier*, op. cit., t. VI, p. 34.

On s'est placé, pour justifier cette solution, à *deux points de vue* différents : les auteurs qui admettent, qu'en cas de révocation de l'offre pendant le délai, l'obligation définitive imposée à l'offrant ne dérive pas d'un contrat mais est la conséquence immédiate de la déclaration de volonté faite par lui, ces auteurs, dis-je, enseignent que « s'il est rationnel que les faits qui entraînent l'incapacité du débiteur, s'opposent à ce qu'il s'engage valablement dans la suite, on ne voit pas comment ces faits pourraient anéantir les obligations qu'il a antérieurement contractées et dont l'existence est désormais indépendante de sa volonté (1). » Nous avons combattu cette opinion et nous croyons avoir montré que l'acceptation est plus qu'une condition mise à l'offre : il faut distinguer l'obligation de maintenir l'offre pendant le délai, de l'obligation d'exécuter le contrat : c'est de la première seule qu'il s'agit pour le moment.

On a cru pouvoir maintenir la solution précédente (2), grâce à la *distinction* déjà vue entre le contrat principal et le contrat accessoire relatif au maintien de l'offre ; le contrat principal, dit-on, n'est pas formé ; aussi ne sont-ce pas les droits qui en dérivent qui passent aux héritiers ; ils n'ont que le droit d'accepter, c'est-à-dire un droit né du contrat de proposition, contrat formé par l'acceptation tacite du de cujus qui a reçu la lettre avant de mourir. Nous savons ce qu'il faut penser de cette manière de voir, mais empressons-nous d'ajouter que le rejet de la théorie n'implique pas le rejet de la conséquence que nous

(1) *Baudry-Lacantinerie et Barde*, Obligations, t. I, n° 34 ; *Worms*, op. cit., p. 179 ; *Huc*, t. VII, op. cit., n° 12.

(2) *Darquer*, op. cit., p. 48 ; Contrà : *Demolombe*, t. XXIV, n° 65 ; *Laurent*, Principes, t. XV, n° 478 ; *Valery*, op. cit., n° 198.

sommes en train d'examiner. L'acceptation, dit-on, est possible après la mort de l'une des parties parce que le proposant doit maintenir son offre pendant un certain temps; or, cette obligation nous l'avons admise; elle résulte, il est vrai, pour nous, de la volonté seule de l'offrant, mais enfin elle existe, c'est l'essentiel! Faut-il en tirer la conséquence que l'on prétend, c'est ce que nous allons examiner, mais remarquons auparavant que, puisque l'obligation de maintenir l'offre pendant un certain délai, exprès ou tacite, existe dans tous les cas, la solution adoptée devra toujours être identique.

On a eu tort, suivant nous, pour trouver la solution du problème à résoudre, de s'appliquer à chercher si le *droit* qui résulte de l'offre est ou non *transmissible :* ce criterium ne peut être d'aucune utilité pour apprécier l'effet de l'incapacité survenue et comment, d'ailleurs, se décider pour ou contre l'intransmissibilité du droit; on en est réduit de part et d'autre à de simples affirmations, car s'il est vrai que l'offre n'a rien changé aux patrimoines des parties, on ne saurait nier qu'il s'est passé entre elles une opération juridique qui a produit des résultats de droit. Le mieux n'est-il pas de s'en tenir à une interprétation de volonté (1) et d'examiner ce qu'a voulu l'auteur de l'offre? Il est à présumer, en effet, que son attention s'est portée sur tous les points qui l'intéressent et c'est sa volonté que l'on doit s'appliquer à découvrir; en tout cas, nous allons essayer d'établir une interprétation normale, c'est-à-dire faite en dehors de toute considération d'espèces et qui constituera pour ainsi dire le droit commun auquel on pourra toujours déroger.

(1) *Saleilles*, déclar. de vol., p. 180.

Toute la question dépend de *l'idée* qu'on se fait de *l'obligation*. La considère-t-on comme un lien personnel entre deux parties, on comprend que tout changement de situation juridique survenu chez l'une soit de nature à modifier les intentions de l'autre et à empêcher la formation du contrat ; mais cette conception, qui se comprenait à une époque où « le formalisme imposait la personnalité des effets du contrat » et où le créancier ayant comme garantie la personne du débiteur, « le droit personnel était presque un droit réel sur la personne (1) », n'est plus vraie aujourd'hui. « Le droit personnel n'est plus un droit sur la personne, c'est un droit sur les biens, « jus ad rem ». La seule différence avec le droit réel, c'est qu'il ne frappe pas privativement une chose déterminée, mais collectivement un patrimoine tout entier. Le débiteur et le créancier ne sont plus que les représentants juridiques de leurs biens (2). » Qu'importe alors l'incapacité survenue : qu'importe que l'un des contractants ait disparu et soit remplacé par une autre personne si au fond la situation n'est pas changée ? Or, remarquons-le, cela se produira le plus souvent en matière commerciale : la maison de commerce, en fait, sinon en droit, survit à son chef, et alors n'est-il pas juste que les actes commencés par celui-ci suivent leurs cours et produisent leur effet malgré la mort de leur auteur ? Cela n'aura dans la pratique aucun inconvénient, puisqu'il ne s'agit jamais en l'espèce d'obligations contractées « intuitu personæ » (3) ;

(1) *Gaudemet*, Etude sur le transport de dettes à titre particulier, p. 29 et 30.

(2) *Gaudemet*, op. cit., p. 31.

(3) *Lyon-Caen et Renault*, Traité, t. III, n° 540 ; *Trib. d'Annecy*, Annales de dr. com., II, 1888, p. 226.

d'ailleurs, la règle que nous posons est purement interprétative de volonté, elle ne s'appliquerait pas si les parties, d'une manière expresse ou tacite, en avaient manifesté le désir.

Nous approuvons donc sans réserve l'article 297 C. co. allemand, qui déclare qu' « une offre émanée d'un commerçant dans l'exercice de son commerce n'est pas éteinte par sa mort, à moins que sa déclaration antérieure ou les circonstances n'autorisent à lui supposer une intention contraire. » Nous sommes convaincus que cette manière de voir peut très bien se transporter chez nous; il s'agit, en effet, dans l'espèce, d'une question non prévue par les textes et que nous devons, par conséquent, résoudre d'après les principes rationnels et les exigences de la pratique : les uns et les autres s'opposent à ce qu'une manifestation de volonté soit tenue pour non avenue quand son auteur vient à mourir.

La situation est plus délicate lorsque *le de cujus n'était pas commerçant;* son patrimoine sera le plus souvent morcelé et il s'agit de déterminer le sort de l'offre qui lui était adressée ou qu'il avait faite! Cela dépendra de ce qu'a voulu l'auteur de l'offre : a-t-il voulu se lier seul ou engager aussi ses héritiers; a-t-il voulu traiter avec le destinataire seul ou aussi avec ses héritiers? Essayons de donner quelques solutions.

Envisageons dans ce but *la mort ou l'incapacité* arrivant à l'une des parties avant la manifestation de l'acceptation; *deux périodes* sont à considérer : la première qui part de l'émission de l'offre jusqu'à sa réception; la seconde qui part de l'arrivée de l'offre et va jusqu'à l'acceptation.

Tant que l'offre n'est pas parvenue à son adresse, la

mort ou l'incapacité de son auteur *l'empêche* de sortir à effet ; ce n'est qu'à dater de ce moment qu'elle a une existence juridique ; c'est comme si l'offrant était venu en personne soumettre sa proposition ; la mort ou l'incapacité qui l'aurait surpris pendant le voyage, l'aurait mis hors d'état d'atteindre son but : rien n'est changé parce qu'il s'est servi de l'intermédiaire de la Poste. « On peut dire, en effet, que sa volonté ne subsiste plus en tant que volonté réelle au moment où l'offre parvient à son destinataire et qu'il n'y a plus alors que la représentation toute fictive d'une volonté disparue. Même s'il voulait qu'il en fût autrement, sa volonté serait non avenue car la volonté ne peut rien contre un fait qui ne dépend pas d'elle (1). » Remarquons d'ailleurs que ces événements opèrent sans qu'il soit besoin que l'autre partie les connaisse : la révocation au contraire, nous l'avons vu, a besoin d'être connue en même temps que le consentement; la différence s'explique parce que la révocation est une déclaration de volonté, la mort et l'incapacité sont au contraire de simples faits matériels qui suppriment par leur seule force le consentement exprimé.

L'offre une fois parvenue à son adresse a une *existence juridique indépendante* et la question de savoir si elle peut toujours être acceptée malgré la mort de son auteur dépendra des circonstances : celui-ci a-t-il voulu s'obliger seul, l'acceptation n'est plus possible; elle le sera au contraire s'il a prétendu offrir au nom de ses héritiers en même temps qu'en son nom personnel. L'existence d'un délai exprès, remarquons-le, n'a rien à voir dans la question : on dit bien que dans ce cas l'offrant a contracté l'obligation de main-

(1) *Saleilles*, décl. de volonté, p. 179.

tenir son offre pendant le délai et que cette obligation passe aux héritiers : mais justement la question est de savoir si telle a été la volonté de l'offrant, il peut très bien n'avoir voulu conférer au destinataire de l'offre qu'un droit personnel en ce sens que l'obligation corrélative ne pourrait être exigée que de lui, offrant, et que sa mort ou son incapacité pendant le délai résoudrait l'obligation et déchargerait les héritiers : tout revient à une question d'interprétation de volonté ; il s'agit de savoir au nom de qui l'offre a été faite.

Le principe est le même dans le cas où la mort frappe le destinataire de l'offre et peu importe que cet événement se produise avant ou après sa réception : il s'agit toujours de savoir à qui l'offre a été faite, s'adressait-elle au destinataire personnellement, le contrat n'est plus possible après sa mort, s'adressait-elle au contraire en même temps à ses héritiers, leur acceptation sera valable.

Comme on le voit, nous nous inquiétons peu de savoir si le droit qui résulte de l'offre est ou non transmissible : cela importe peu et cependant cette idée de transmissibilité a bien son importance dans la *troisième phase* de la formation du contrat; c'est elle qui nous explique que lorsque l'acceptation a été manifestée la *formation du contrat est assurée* quelque événement qui se produise. A partir de ce moment une obligation a pris naissance et cette obligation est celle même qui dérivera du contrat : elle est transmissible sans aucun doute, activement et passivement ; il est donc indispensable que le contrat se forme pour produire la seconde obligation qui constitue l'équivalent de la première. Pourquoi d'ailleurs repousserait-on ce résultat ? Les deux parties ont valablement consenti et il serait bizarre que leurs consentements

tombent parce que l'acceptation met plus ou moins de temps pour parvenir à son adresse. L'émission de l'acceptation a lié l'offrant, qu'importe qu'il meure ou devienne incapable : l'acceptant, il est vrai, pouvait se rétracter, sa mort ou son incapacité l'empêchent d'user de cette faculté. qu'importe ? il est lié irrévocablement à défaut de cette rétractation (1).

La solution n'est donc pas la même en ce qui concerne l'offre et en ce qui concerne l'acceptation : tandis, en effet, que la mort de l'acceptant importe peu, après la manifestation de l'acceptation, la mort de l'offrant au contraire fait tomber la proposition non encore parvenue à son adresse ; on s'étonnera peut-être de ce résultat en disant que l'offre et l'acceptation sont toutes deux des déclarations de volonté et que le fait de l'émission doit avoir pour chacune d'elles la même valeur ; mais la réponse est facile : tant que l'offre est seule, le concours des volontés est impossible : la déclaration de l'offrant lui appartient toujours lorsque le destinataire ne la connaît pas encore, rien n'empêche donc qu'elle disparaisse avec lui ; l'acceptation au contraire dès qu'elle est manifestée rencontre l'offre : le contrat est en voie de formation, une volonté expresse peut seule arrêter son développement.

Pour résumer nous dirons que l'incapacité de l'une des parties n'empêche pas la formation du contrat ; il en est de même en principe de la mort lorsqu'elle frappe un négociant ; en dehors de ces hypothèses il est deux solutions certaines : la mort ou l'incapacité de l'offrant avant l'ar-

(1) *Larombière*, Obligat., t. I, art. 1101, nº 20 ; Cf. *C. civ.*, Japonais, art. 329 ; *C. civ.*, Louisiane, art. 1804.

rivée de l'offre font tomber la proposition; la mort ou l'incapacité sont sans effet une fois l'acceptation manifestée; dans les autres hypothèses c'est la volonté expresse ou tacite du proposant qui doit dicter la solution.

Dans le contrat par commis-voyageur, la question a *moins d'importance*, parce que, eu égard à la façon dont les choses se passent, elle est de nature à se présenter moins souvent ; le marché passé dans cette forme se compose, nous le savons, d'une promesse unilatérale de vente que la volonté du créancier transforme plus tard en vente définitive. La volonté du tiers est recueillie au moment même où elle se manifeste par le commis au nom de son maître; c'est comme si elle lui arrivait directement, on ne peut par conséquent pas envisager l'hypothèse de la mort ou de l'incapacité de l'une des parties avant que cette volonté n'arrive à son adresse.

La seule question qui puisse se poser est celle de la mort ou de l'incapacité frappant l'une des parties quand un seul des consentements a été exprimé, c'est-à-dire avant la ratification de la maison représentée par le commis. Le contrat sera *toujours possible* malgré l'événement survenu ; la promesse du tiers a en effet créé un droit transmissible activement et passivement (1); les héritiers du « de cujus » le trouvent dans le patrimoine et sont dans la même situation que leur auteur. La volonté du tiers n'a donc rien à voir sur les solutions à intervenir ; empressons-nous d'ailleurs d'ajouter qu'elle sera le plus souvent conforme à la solution adoptée; les parties

(1) Cf. *Baudry-Lacantinerie et Saignat*, Vente, n° 69.

en effet, dans un contrat par commis-voyageur, seront presque toujours deux maisons de commerce, et nous avons montré qu'alors la personnalité des négociants importe peu aux contractants.

Il nous faut examiner maintenant quel est l'effet sur le contrat à intervenir d'un événement de la vie commerciale qui, sans rendre celui qu'il frappe incapable en fait de contracter, n'en a pas moins des conséquences importantes au point de vue juridique : nous voulons parler de *la déclaration de faillite* ou de *la mise en liquidation judiciaire*, sans doute, le commerçant failli n'est pas incapable de contracter, mais il ne peut pas du moins faire des contrats opposables à la masse des créanciers et cela permet de se demander si l'on doit maintenir une offre qu'il a faite ou reçue avant ces événements. Le doute n'est pas possible, l'offre doit disparaître parce que les conditions du contrat sont changées. Chacune des parties n'aura plus dans le patrimoine de l'autre mise en faillite ou en liquidation judiciaire une situation égale aux créanciers antérieurs : elle est tenue pour ainsi dire à l'écart et doit assister impassible au partage de l'actif ; l'exercice de son droit est subordonné à la satisfaction préalable de tous les créanciers de la faillite. On comprend dès lors que les contractants ne veuillent pas accepter un pareil état de choses, et qu'ils subordonnent la formation du contrat à cette condition qu'aucun changement n'interviendra dans la situation juridique de chacun d'eux. La déclaration de faillite entraîne donc la caducité de l'offre. « Le syndic pourrait sans doute maintenir l'offre du failli, mais alors si le contrat se formait, la masse représentée par le syndic serait elle-même partie contractante, elle serait créancière ou débitrice de celui avec qui elle conclurait le contrat. En cas de liquidation judiciaire,

l'offre pourrait être maintenue par le débiteur dûment autorisé (1). »

Pour que le contrat se forme, une seconde proposition est donc dans tous les cas nécessaire quand c'est l'auteur de l'offre qui a suspendu ses payements; à plus forte raison en serait-il de même, si c'est la partie à laquelle l'offre avait été adressée.

Ces principes sont-ils changés dans le contrat par commis-voyageur? Nous ne le pensons pas. La prospérité plus ou moins grande d'une maison de commerce n'est pas étrangère aux promesses d'achats ou de ventes qu'elle donne ou qu'elle reçoit; il est donc légitime de penser que le maintien de cette prospérité est une condition du maintien de la promesse et que toute déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire est de nature à empêcher la formation du contrat.

Nous avons ainsi terminé l'étude de toutes les questions que soulève la formation du contrat, nous avons vu que l'opération n'est pas aussi simple qu'on le croit généralement et qu'il y a plusieurs étapes à franchir avant d'atteindre le résultat poursuivi ; il faut maintenant nous demander à quel moment le contrat produit ses effets.

(1) *Lyon-Caen et Renault*, Traité, t. III, nº 15 bis.

## CHAPITRE V

### LES EFFETS DU CONTRAT

Il paraît au premier abord bizarre de se demander à quel moment le contrat produit ses effets, comme si ce point n'était pas déterminé par le moment de la formation : ne serait-ce pas semble-t-il méconnaître d'une façon évidente la volonté des parties que de reporter en dehors d'une clause expresse les effets du contrat à une époque postérieure à sa conclusion et est-il donc possible que ces effets se produisent avant que l'acte juridique qui les engendre ne soit définitivement accompli ?

Cette conception cependant a été adoptée par plusieurs lois étrangères. Le Code suisse des obligations fixe en effet le moment à partir duquel le contrat produit ses effets en tenant compte de l'expédition de l'acceptation : pourtant, dans son article 8, il recule jusqu'au moment où cette acceptation a été remise au proposant la conclusion définitive du contrat. Jusque-là, par conséquent, les deux contractants peuvent retirer l'un son offre, l'autre son acceptation ; « ainsi le moment où le contrat est conclu et celui où il commence à déployer ses effets ne concordent pas. Les effets du contrat dépendent naturellement de sa conclusion, mais une fois la conclusion du contrat intervenue,

il déploie ses effets du moment où le destinataire a exprimé son consentement par un moyen propre à porter son acceptation à la connaissance de l'auteur de l'offre » (1). C'est également le système du Code de commerce allemand qui, dans son article 320, permet la révocation de l'acceptation tant que celle-ci n'est pas parvenue au pollicitant et qui, d'autre part, dans l'article 321, déclare que lorsqu'un contrat se forme entre absents on doit considérer comme époque à laquelle il a été conclu celle de l'émission de l'acceptation. On peut donc dire que « le contrat s'est formé à la réception de l'acceptation, mais par une fiction de rétroactivité on en reporte les effets au jour de l'émission » (2).

Ce système est assez *rationnel :* il est naturel en effet que le destinataire de l'offre prétende en bénéficier du jour où il l'a acceptée ; on aurait pu, il est vrai, faire dater de ce moment la conclusion du contrat, mais c'eut été enlever sans raison au destinataire de l'offre le droit de révoquer sa volonté. Nous avons montré que cette faculté de révocation s'imposait en dehors de toute question de texte, demandons-nous s'il ne serait pas possible d'admettre même *en droit français* cette *distinction* établie par le Code suisse et le Code allemand entre la formation et les effets du contrat.

Donner, faire ou ne pas faire, tels sont les trois objets possibles des obligations contractuelles : l'accord de volonté, lorsqu'il a pour but d'astreindre l'une des parties à faire ou ne pas faire quelque chose envers l'autre, a produit tous ses effets quand les obligations ont pris nais-

(1) *Haberstitch*, Manuel du droit fédéral des obligations, p. 164.
(2) *Saleilles*, Théorie générale de l'oblig., nº 139.

sance ; il ne s'agit plus désormais que d'en assurer l'exécution et ce fait est indépendant de la formation du contrat ; les obligations ont, il est vrai, chacune une date différente : l'une des parties est liée avant l'autre, mais cela importe peu, car toutes les deux doivent l'être ou aucune, et d'ailleurs l'obligation une fois née n'a pas d'autre résultat que celui de lier la partie qu'elle oblige : les effets du contrat se confondent en somme avec sa formation.

Il en est autrement lorsque le contrat a pour objet un corps certain que l'une des parties vend à l'autre : sans doute, ici encore la convention a bien pour résultat d'engendrer deux obligations ; mais par suite des règles admises au Code sur le transfert de la propriété inter partes, la situation se présente sous un jour différent. La propriété est transférée par le *simple consentement*, c'est-à-dire à dater du contrat, de sorte qu'à côté de la question de savoir quand les obligations prennent naissance se pose celle du transfert de la propriété : nous allons l'examiner et nous verrons du même coup à quel moment les risques passent de la tête du vendeur sur celle de l'acheteur, non pas que nous prétendions solidariser les deux questions, mais parce qu'en fait le plus souvent elles sont résolues de la même façon.

Et d'abord, comment se pose le problème ? Il naît généralement de ce fait, et c'est ainsi que le Code civil l'a envisagé, qu'un *intervalle plus ou moins long* sépare la formation du contrat de la livraison effectuée : je vends aujourd'hui à Primus un objet que je ne lui livrerai que dans un mois ; l'ancien droit me déclarait propriétaire jusqu'à la livraison ; d'après le Code civil, je ne le suis plus depuis la vente. De même un cas fortuit se produit

qui détruit la chose, pour qui est la perte? La question ne se poserait évidemment pas si j'avais remis l'objet aussitôt que je l'ai vendu, mais envisagée de cette façon elle n'a rien de particulier au contrat entre absents : ce qui fait à ce dernier point de vue l'intérêt du problème, c'est de savoir quel est le sort de l'objet mis en vente pendant les pourparlers. Evidemment, tant que l'offre existe seule, rien n'est changé dans les patrimoines respectifs des parties, le vendeur est toujours propriétaire de sa chose et aussi titulaire des risques; mais une fois l'acceptation manifestée, peut-on dire que les choses sont encore en état? Ne faut-il pas, au contraire, placer à ce moment le transfert de la propriété et des risques, voilà toute la question. Le *temps litigieux*, c'est-à-dire l'intervalle pendant lequel on se demande à qui sont les risques, est donc *augmenté dans les contrats entre absents* du temps nécessaire aux pourparlers, et nous nous demandons si l'on ne pourrait pas considérer comme antérieur à la conclusion définitive le transfert de la propriété et des risques.

Un auteur l'a compris autrement. Pour lui, « il y a bien deux choses à considérer dans le marché par correspondance : le moment où le marché devient parfait et le moment où la marchandise passe aux risques de l'acheteur (1), » mais ce dernier doit être *retardé jusqu'à la livraison* effective. « En effet, dit-il, presque toutes les ventes faites par correspondance sont imparfaites; elles sont soumises à une condition, c'est que la chose vendue est réellement celle qui, dans l'intention des parties, a fait l'objet de la convention; or, cette condition doit être

(1) *Bonne*, Revue pratique, 1872-33, p. 549.

reconnue par l'acheteur ou prouvée par le vendeur en cas de contestation. Il n'y a de parfait que l'engagement de vendre et acheter, mais l'accord sur la chose n'existe pas encore, il ne pourra exister qu'après vérification du marché par l'acheteur. Or, comme la vente n'est parfaite que quand l'acheteur et le vendeur sont d'accord sur la chose et sur le prix, on peut dire que dans les ventes qui se font par correspondance ou sur échantillons, l'accord n'existe en réalité que sur le prix : pour que l'accord existe sur la chose, il faut que l'acheteur l'ait vue (1). »

Il y a contre un pareil système une foule d'objections ; il paraît, en effet, très difficile de saisir la différence qu'il y a entre la vente et l'engagement synallagmatique d'acheter et vendre ; il paraît surtout très difficile de comprendre l'existence de l'un alors que l'autre est impossible, faute d'accord sur l'objet ; si l'on n'est pas d'accord sur ce que l'on vend on ne l'est pas non plus sur ce qu'on s'engage à acheter et à vendre. En réalité, l'accord existe, la preuve en est que si la marchandise livrée n'est pas conforme à celle promise, l'acheteur pourra non seulement la refuser mais en exiger d'autre qui remplisse les conditions convenues ; on se trouve en présence non pas d'une vente à conclure mais d'une vente déjà conclue, et le fait qu'on traite entre absents ne saurait retarder, à ce point de vue, la formation du contrat ; le transfert de la propriété et des risques, lorsque l'objet est un corps certain, n'est donc pas reculé jusqu'à la livraison effective. M. Bonne arrive d'ailleurs pratiquement à ce résultat. En effet, dit-il, la conformité de la marchandise livrée avec la promesse ou l'échantillon constitue une *condition suspensive de la vente* qui, lors-

(1) *Bonne*, Revue pratique, 1872-33, p. 556.

qu'elle se réalise, rétroagit au jour de l'engagement, et pour qu'elle soit réalisée, « il n'est pas indispensable que l'acheteur ait vu et agréé la marchandise...; il suffit que la marchandise soit conforme à la commande, le goût de l'acheteur ne peut influer sur la perfection du marché(1). » Ce qui revient à dire, en somme, que la marchandise ne voyage pas aux risques de l'acheteur lorsque ce n'est pas celle qui a été vendue; mais tout le monde est d'accord sur ce point et la question que nous nous posons est différente; il s'agit de savoir si étant donnée une vente par correspondance ou par commis-voyageur, avec un corps certain pour objet, le transfert de la propriété ou des risques ne peut pas se placer à une *époque* de la formation du contrat *antérieure à sa conclusion définitive*.

Il est évident que ce n'est pas dans le code que nous trouverons la solution du problème; les contrats entre absents n'avaient pas, au moment où il fut rédigé, l'importance qu'ils ont aujourd'hui et bien des questions qu'ils soulèvent, de nos jours essentielles, ne l'étaient pas à l'époque. L'article 1138 C. civ. pose le principe : la propriété est transférée par le simple consentement, mais il ne nous est d'aucune utilité pour résoudre une question qu'il n'a pas prévue. Opérant pour les effets du contrat comme pour sa formation, c'est par voie d'analyse que nous devons procéder; recherchons ce que les parties ont voulu raisonnablement et rapprochons les résultats obtenus des principes en vigueur.

La volonté des parties est tout dans la matière. N'est-ce pas elle à vrai dire qui explique l'existence même de la question des risques : l'objet du contrat a péri ; le vendeur

(1) *Bonne*, Revue pratique, 1872-33, p. 556.

ne peut pas exécuter; pourquoi l'acheteur doit-il se résoudre à perdre la marchandise et à payer quand même? C'est tout simplement parce que le vendeur a fait ce raisonnement que l'acheteur a implicitement accepté : « si je vous vends la chose livrable à terme, je dois d'après la rigueur des principes supporter les risques de la chose sans pouvoir m'en décharger, en disposant de cette même chose au profit d'un tiers. Or, je vends précisément pour me soustraire aux chances de pertes qui peuvent menacer la chose; donc je ne consens au contrat que si vous, acheteur, prenez les risques à votre charge à titre de compensation ou indemnité, comme le ferait un assureur (1). » C'est de cette volonté que s'est inspiré le législateur dans l'article 1138 et c'est elle qui doit guider l'interprète dans les formes multiples que peut revêtir le contrat de vente. Prenons par exemple la vente à l'essai, c'est-à-dire celle où l'acheteur se réserve le droit d'essayer la chose avant de l'acheter définitivement: l'article 1588 C. civ. nous déclare qu'elle est présumée faite sous une condition suspensive, par conséquent tous ses effets sont tenus en suspens jusqu'à l'essai et notamment les risques antérieurs à l'essai sont pour le vendeur. « On a pensé avec raison, dit M. Baudry-Lacantinerie (2), qu'en caractérisant ainsi la vente à l'essai, on se conformait mieux à l'intention présumée des parties. Il n'est pas vraisemblable que l'acheteur ait voulu assumer la responsabilité des risques pour une chose qu'il n'a pas acquise et que peut-être il refusera. Ce n'est d'ailleurs qu'une présomption, et si les parties avaient

(1) *Huc*, t. VII, n° 109.

(2) *Baudry-Lacantinerie et Saignat*, Vente, n° 168; Cf. *Troplong*, Vente, t. I, n° 107 ; *Guillouard*, Vente, t. I, n° 44.

voulu considérer l'essai comme une condition résolutoire, les conséquences seraient inverses de celles que nous venons de donner. Une telle intention des parties pourrait même se manifester tacitement et résulter des circonstances. » Faisons donc à l'égard de notre question ce qu'aurait fait le législateur lui-même si le problème lui était proposé : établissons une règle qui découle de la volonté des parties.

Cette volonté, ce n'est évidemment pas sur le *terrain juridique* que nous allons la trouver : les parties ne se sont en effet le plus souvent préoccupées « que du résultat économique qu'elles avaient en vue, n'envisageant l'acte juridique qu'elles concluaient que comme un moyen de l'atteindre, comme un instrument ou un intermédiaire, non comme un but » (1). Chacune envisage la vente à son point de vue : l'une n'a d'attention que pour le prix qu'elle acquiert, l'autre pour la chose qu'elle reçoit en échange du prix déboursé ; chacune ne se préoccupe donc que de l'un des objets du contrat ou plutôt chacune s'occupe des deux, mais pour ainsi dire en sens inverse : le vendeur se débarrasse d'un objet que l'acheteur acquiert moyennant une somme plus ou moins forte, c'est donc que ce qui a de la valeur aux yeux de l'un n'en a plus aux yeux de l'autre ; l'un ne voit que les *inconvénients*, l'autre ne voit que les *avantages* et c'est en réalité ces avantages et ces inconvénients qui se concrétisant dans la chose font l'objet du contrat : les avantages, c'est la propriété avec tous les droits qu'elle confère, les inconvénients, ce sont les risques à courir sous quelque forme qu'ils se présentent ; les uns et les autres passent à l'acheteur, mais les

(1) *Saleilles*, Décl. de vol., p. 196.

premiers surtout attirent son attention, c'est à cause d'eux qu'il achète. Le vendeur de son côté n'a plus rien, il est débarrassé des risques, c'est vrai, mais du même coup, il a perdu la jouissance, c'est-à dire les avantages de la chose vendue : mais que lui importe cette dernière conséquence? c'est à la première qu'il visait, les inconvénients pour lui étaient de beaucoup supérieurs aux avantages ; c'est à eux qu'il songeait en vendant son objet, l'important pour lui était de s'en débarrasser. La vente dans la pensée de chacun des contractants n'est donc que le moyen pour l'un d'acquérir les avantages d'une chose, pour l'autre le moyen de se débarrasser de ses inconvénients.

Ceci posé, quand raisonnablement doit-elle produire ses effets? La réponse est on ne peut plus simple : chacun considère le contrat sous un jour favorable et veut le voir réalisé *au plus tôt* ; le plus vite possible la propriété sera transférée et le plus vite possible le vendeur sera débarrassé des risques : la question revient donc à se demander quelle est, dans les différentes phases par lesquelles passe la formation du contrat, la première à laquelle on peut en rattacher les effets.

Mais avant d'aborder ce nouvel ordre d'idées, il est un point sur lequel nous voudrions nous expliquer : le raisonnement auquel nous venons de nous livrer tendrait à faire croire que le transfert des risques est une conséquence du transfert de la propriété et c'est contre une telle interprétation que nous voudrions nous mettre en garde. La propriété et les risques changeront il est vrai le plus souvent en même temps de titulaire, mais c'est là pure coïncidence, parce qu'ils constituent les deux aspects d'un phénomène unique ; il pourrait d'ailleurs en être

autrement et les risques passeraient à l'acheteur sans la propriété toutes les fois qu'une clause expresse retarderait le transfert de cette dernière. A cela rien que de très rationnel : nous avons posé plus haut sur le transfert de la propriété et des risques deux règles qui ne sont que l'application d'un même principe : toutes deux découlent de la volonté des parties, toutes deux tombent par conséquent devant une volonté contraire ; et si cette volonté contraire ne s'est manifestée qu'à l'égard de l'une d'elles, l'autre devra néanmoins s'appliquer ; les parties ont reculé le transfert de la propriété, elles n'ont rien dit quant aux risques, c'est qu'à ce point de vue elles s'en sont tenues à l'interprétation normale : ils doivent passer au plus tôt à l'acheteur.

Ceci posé, quel est dans la formation du contrat le *moment précis* où il produit *ses effets* ? nous allons envisager successivement la question dans la vente par correspondance ou par commis-voyageur ; remarquons cependant que la question s'y posera rarement parce que le plus souvent les ventes commerciales entre absents portent sur des marchandises *in genere* et qu'alors la propriété et les risques ne changent de titulaire qu'à la spécialisation de l'objet, c'est-à-dire « conformément à une très ancienne tradition... à partir de la remise à l'entrepreneur de transports » (1).

Quoi qu'il en soit, à supposer que le contrat porte sur un corps certain, lorsque le marché a lieu par l'intermédiaire d'un commis-voyageur, le choix s'impose pour les effets du contrat entre le moment où le commis a traité et celui où le maître a ratifié : on ne saurait évidemment

(1) *Lyon-Caen et Renault,* Précis, n° 406.

faire supporter les risques à l'acheteur du jour où il s'est engagé à acheter : la maison de commerce avec laquelle il traite conserve, en effet, la libre disposition matérielle et juridique de ce qui pourra plus tard faire l'objet du contrat et qui n'est actuellement que l'objet de pourparlers, elle en a donc tous les avantages, elle doit en courir tous les risques : toute autre interprétation serait de la plus criante injustice et manifestement contraire à l'intention des parties. — Quant au transfert de la propriété, en fait il ne saurait avoir lieu avant que la ratification n'intervienne, mais nous avons vu qu'on s'est demandé si l'on ne pourrait pas attribuer à la ratification un effet rétroactif ; nous avons déjà répondu à la question, et si nous revenons sur ce point, ce n'est que pour indiquer d'un mot une théorie qui s'est fait jour en matière de promesse de vente et qu'on pourrait être tenté de transporter sur le terrain qui nous occupe : sans doute, a-t-on dit, la promesse de vente n'est pas une vente conditionnelle, mais il ne s'ensuit pas pour cela que les effets du contrat datent du jour où le consentement définitif est donné. « Je promets de vous vendre ma maison à tel prix, vous acceptez avec réserve de vous départir à votre gré de la convention ; je suis lié, vous ne l'êtes point. Mais vous demandez la délivrance de la chose ; c'est assez dire que vous renoncez à la liberté que vous vous êtes réservée... Il ne s'agit donc même pas de parler de rétroactivité, il s'agit tout simplement de voir la date de ma promesse acceptée par vous et de savoir si dès ce moment elle a été obligatoire pour vous (1). » Cette manière d'envisager les choses est de tout point condamnable : je n'accepte pas avec réserve de me dé-

(1) *Larombière*, Oblig., t. I, art. 1138, nº 13.

partir de la convention ; j'accepte purement et simplement une promesse de vente et je déclare que je ne serai lié que si je veux, par un nouvel acte de ma volonté : celui-ci est indispensable à la formation du contrat, il n'a pas d'effet rétroactif, donc il produit effet à sa date : c'est à partir de ce moment que la propriété serait transférée, en sorte que, dans le contrat par l'intermédiaire d'un commis-voyageur, les effets du contrat ne peuvent pas se produire avant sa conclusion définitive.

En est-il de même lorsque les parties ont traité par correspondance, télégraphique ou postale? Il ne saurait être question, nous l'avons dit, des effets du contrat *avant* que *l'acceptation* ne se soit produite; c'est alors seulement qu'ils sont possibles, parce qu'alors seulement les deux volontés sont d'accord. Sans doute, à ce moment, l'existence même du contrat est toujours en suspens, et il est impossible d'attribuer à ses effets un caractère définitif qu'ils n'acquerront que par l'arrivée de l'acceptation à l'offrant; mais enfin à ce moment les effets se produisent, sauf à disparaître si l'acceptation vient à défaillir, de sorte qu'en somme tout revient à dire qu'une fois le contrat formé les effets en sont reportés au jour où a été *manifestée l'acceptation* : c'est, en effet, le moment auquel les parties ont songé l'une pour se décharger des risques, l'autre pour acquérir la propriété.

La solution que nous venons de donner est de tous points conforme à l'intention des parties lorsque l'offre émane du vendeur : propriétaire d'un objet rare, j'écris à Primus pour le lui offrir ; il me répond qu'il accepte : il n'y a aucun inconvénient, dans l'espèce, à dire que les effets du contrat se produisent à la manifestation de l'acceptation; au moment où il accepte, Primus veut devenir

propriétaire : il acquiert, il est vrai, les risques en même temps, mais il le sait et ne saurait se plaindre. Je suis, de mon côté, déchargé des risques à un moment où j'ignore l'acceptation : mais n'est-ce pas le résultat que j'ai voulu, et qu'importe l'ignorance où je suis du résultat atteint puisqu'il m'est entièrement favorable?

La situation n'est pas la même dans le cas où *l'offre émane de l'acheteur* : supposons, par exemple, qu'ayant appris la détention par Primus d'un objet rare qu'il cherche à vendre, je lui écrive pour lui proposer de l'acheter à telles et telles conditions : serait-il juste que j'en devinsse propriétaire, mais aussi que j'en courre tous les risques dès l'envoi de la lettre d'acceptation? Ne suis-je pas exposé, si l'objet vient à périr, à connaître en même temps la formation du contrat et la perte de son objet ; le résultat est trop bizarre pour être admis et nous n'hésitons pas à dire que si l'offre émane de l'acheteur, le transfert de la propriété et des risques ne s'opère que par l'arrivée de l'acceptation à son adresse.

Mais ne semble-t-il pas alors que nous foulions aux pieds cette volonté des parties que nous avons si soigneusement recherchée, et comment concilier dans cette hypothèse notre solution avec l'idée que les contractants veulent atteindre leur but au plus tôt.

C'est qu'ici, justement, les volontés sont changées et toute la différence provient de l'interversion qui s'est produite dans les rôles joués par les parties ; l'acheteur veut bien acquérir au plus tôt, mais le plus tôt pour lui c'est le moment où il connaîtra l'acceptation ; celle-ci n'existe pas à ses yeux tant qu'elle ne lui est pas parvenue et cela pour un double motif : d'abord parce qu'il l'ignore et ensuite parce que la connaîtrait-il, il sait aussi que le

vendeur peut se rétracter; lorsqu'au contraire c'est lui acheteur qui a manifesté l'acceptation, il est sûr que s'il le veut le contrat se formera, et d'avance il se soumet à ses effets.

A l'égard des risques, il est vrai, nous ne pouvons pas raisonner de la même façon; le vendeur veut s'en décharger au plus tôt, et le plus tôt pour lui c'est le moment où il accepte, mais il ne faut pas oublier que, si pressé que soit le vendeur, il doit tenir compte de la volonté de son cocontractant. J'écris à un commerçant qu'il m'expédie vingt mètres de toile; en dehors de toute question sur la formation du contrat, les risques passent normalement à ma charge au moment où la marchandise est remise à l'entrepreneur de transport. Supposons qu'à la réception de ma commande le marchand ait mis de côté les vingt mètres, et qu'un incendie les consume; devrai-je en supporter la perte? Evidemment non, parce qu'il ne dépendait pas du vendeur d'avancer le transfert des risques, c'est-à-dire d'individualiser l'objet vendu avant l'époque normale où j'ai compté que cela devait avoir lieu. De même je commande une consommation dans un café, quelqu'un heurte le garçon qui me l'apporte, la bouteille se casse, le risque n'est pas pour moi (1): cependant l'objet est individualisé et si je suis le seul consommateur ou si personne n'a commandé une boisson semblable, aucun doute ne saurait s'élever sur le destinataire de la bouteille cassée par le garçon. Comment expliquer ce résultat? C'est que la volonté du vendeur fléchit devant celle de l'acheteur. Il en est de même dans l'hypothèse qui nous occupe: l'acheteur

(1) Cf. *Ihering*, Œuvres choisies, t. I. Risques dans la vente, nº 14.

qui commande un objet ne veut pas se charger des risques tant qu'il ne connaît pas l'acceptation.

Il ne faudrait pas d'ailleurs en conclure qu'au cas où le vendeur se borne à expédier la marchandise demandée, sans répondre autrement, les risques restent à sa charge jusqu'à la réception de la marchandise par l'acheteur ; nous avons plusieurs fois déclaré le contraire, il nous faut expliquer la solution. Elle résulte de ce fait que le vendeur expédiera la marchandise en réponse, dans les cas seulement où il y sera autorisé par *l'usage* par ou ses *relations* avec l'acheteur : celui-ci par conséquent se doute que l'acceptation doit avoir lieu sous cette forme et il en accepte les conséquences ; il sait qu'il court les risques du jour où la marchandise est remise au voiturier. Qu'importe qu'il en ignore l'instant précis et qu'ainsi il ne sache pas au juste quand s'opère le transfert ? on pourrait trouver de nombreux exemples d'une situation analogue. Je commande par exemple à un sculpteur la statue qu'il fera avec tel bloc de marbre, et celle-ci une fois faite vient à périr par cas fortuit ; de même que le vendeur ne pourrait pas me livrer autre chose que l'objet promis, de même je ne puis pas lui en réclamer une autre. Il suit nécessairement de là, qu'aussitôt l'objet terminé, je dois en supporter les risques, même à mon insu, avant la livraison ou l'expédition (1).

Ainsi donc, lorsque l'offre émane du vendeur, les effets du contrat se produisent à la manifestation de l'acceptation ; lorsque, au contraire, elle émane de l'acheteur, les effets sont reportés au jour de l'arrivée de l'acceptation ; telles sont les solutions auxquelles nous arrivons par l'analyse

(1) *Ihering*, Œuvres choisies, t. I. Risques dans la vente, nº 25.

des volontés; voyons si rien dans le Code ne s'oppose à ce qu'on leur donne libre accès dans le domaine de la pratique.

Le principe du transfert de la propriété « inter partes » a été posé par les rédacteurs du Code civil dans l'article 1138 qui accomplit, du moins en apparence, un véritable bouleversement des principes admis par le droit romain et par tout l'ancien droit. Nous le savons en effet, à Rome, la vente n'était qu'un contrat comme les autres, c'est-à-dire productif d'obligations; pour que l'acheteur devînt propriétaire, il fallait manciper ou livrer suivant les temps ou la nature des choses. Aujourd'hui au contraire, ces formalités postérieures à la vente sont inutiles ; la propriété est transférée par le simple consentement, c'est-à-dire que le transfert est « un effet aussi direct et aussi immédiat du contrat que la création des obligations » (1).

Nous n'avons pas à dire comment ce changement s'est opéré, comment des traditions fictives ont remplacé la tradition réelle, et comment la clause devenue coutumière de dessaisine-saisine est venue établir un état de chose que le Code n'a, pour ainsi dire, fait que consacrer. L'essentiel pour nous c'est le résultat : on n'exige plus la tradition réelle qui est tenue pour accomplie ; c'est ce que l'on voit dans l'article 1138 al. 1. « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes », et c'est ce qui résulte des explications données par Bigot-Préameneu dans l'exposé des motifs : « C'est le consentement qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose, il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme propriétaire. »

(1) *Planiol*, Traité, t. I, nº 1348.

Le transfert de la propriété est donc l'effet d'une tradition supposée, et cette tradition se place à l'instant où la chose a dû être livrée : c'est à ce moment que l'acheteur devient propriétaire et que les risques passent à sa charge (1138 al. 2).

Ceci posé, reprenons nos solutions et préoccupons-nous tout d'abord du cas où l'offre émane de l'acheteur : le transfert de la propriété et des risques se place, avons-nous dit, dans cette hypothèse au moment de l'arrivée de l'acceptation à l'offrant ; la solution n'a rien que de très juridique : l'obligation de livrer incombe en effet au vendeur, c'est-à-dire à celui à qui on a proposé le contrat et qui l'a accepté : or de toutes nos explications sur la formation du contrat, il est résulté ceci que l'acceptation ne lie son auteur qu'une fois arrivée à son adressé ; c'est donc à ce moment que prend naissance l'obligation du vendeur et c'est à ce moment seulement qu'on peut la supposer exécutée en vertu de l'article 1138.

Il n'en est pas de même dans l'hypothèse où l'offre émane du vendeur : l'obligation de livrer qui lui incombe est alors produite dès le moment de l'acceptation et on peut la supposer exécutée à dater de ce moment. Qu'on ne dise pas que la tradition réelle ne pouvant pas encore avoir lieu, on ne doit pas la supposer exécutée à peine de violer l'article 1138, alinéa 2, qui déclare le créancier propriétaire dès l'instant où la chose *a dû être livrée*. A cela nous pouvons faire deux réponses : d'abord rien n'empêche la tradition réelle ; la preuve en est que si le vendeur avait voulu au lieu d'accepter par une lettre, il aurait pu envoyer la marchandise ; et ensuite il n'est pas nécessaire que la tradition réelle soit possible pour que la tradition puisse être supposée exécutée : nous n'avons

pour nous en convaincre qu'à voir ce qui se passe lorsqu'un terme a été donné pour livrer.

On a soutenu que les mots « dès l'instant où elle a dû être livrée », veulent dire que « la tradition est réputée faite à l'époque où les parties ont voulu la placer ». Si donc, la promesse de donner a été contractée purement et simplement, sans terme pour la livraison, le transfert de propriété est immédiat ; si au contraire un terme a été fixé, à l'expiration duquel la tradition devait se faire, c'est à l'expiration de ce délai que s'accomplira le transfert de propriété, puisque c'est à ce moment seulement que la chose « a dû être livrée ». (1) Mais cette interprétation n'est pas celle qui a triomphé dans la doctrine moderne : la présence du terme n'empêche pas que le transfert ne se place au moment du contrat parce que les mots « dès l'instant où elle a dû être livrée » signifient « dès l'instant où l'obligation de livrer est née », c'est à-dire dès le jour même du contrat parce que la tradition a été due dès ce jour.

Appliquant « mutatis mutandis » le même raisonnement à l'hypothèse qui nous occupe, nous dirons que le transfert de la propriété et des risques se place au moment où l'acceptation a été manifestée parce que dès ce jour l'obligation de livrer est née, dès ce jour la *tradition a été due*. Les solutions que nous avons données respectent donc les principes, en même temps qu'elles sont conformes à l'intention des parties.

Il nous faut maintenant aborder un autre ordre d'idées et examiner certaines questions qui se rattachent d'une manière plus ou moins directe à la formation du contrat

(1) *Planiol*, Traité, t. I, nº 1365.

et qui naissent de ce fait que les parties ont traité entre absents.

Tout d'abord, lorsque le contrat donne naissance *à un délai* (prescription ou remeré), quel est au juste *son point de départ?* Il serait superflu de chercher en notre matière la volonté des contractants ; de deux choses l'une, en effet : ou le délai a été fixé par les parties, ou il l'a été par le législateur ; dans le premier cas aucun doute ne saurait s'élever, tout a été minutieusement réglementé : généralement on précise le dernier jour du délai, c'est la manière de le fixer ; dans la seconde hypothèse au contraire qui se produira le plus souvent, le délai étant établi par la loi, les parties n'y ont même pas songé : personne ne se demande, en effet, en passant un contrat quand finira la prescription des actions qu'il engendre. La question se pose alors pour le juge de savoir, lorsqu'un débat lui est soumis, quel est le point de départ du délai dans un contrat entre absents.

Une première idée vient tout d'abord à l'esprit, distinguer entre l'obligation de l'offrant et celle de l'acceptant ; on pourrait, en effet, raisonner de la manière suivante : ce qui se prescrit c'est l'action, l'action n'est que le droit en mouvement, la prescription doit donc courir du jour où le droit existe : or dans un contrat entre absents les obligations et par conséquent les droits prennent naissance à des dates distinctes, donc la prescription doit avoir contre chacun un point de départ différent. Il est inutile d'insister pour montrer la bizarrerie de ce système et faire voir qu'avec lui certaines actions du contrat pourraient être prescrites alors que d'autres seraient toujours debout. La prescription doit commencer à courir pour les deux parties en même temps parce qu'elle doit être en même

temps accomplie, vis-à-vis de toutes leurs actions, et pour l'une et pour l'autre.

S'il en est ainsi, il nous faut choisir entre le moment où l'acceptation est émise et le moment où elle arrive à l'offrant.

La première solution ne saurait être adoptée : l'obligation de l'acceptant n'existant pas encore, du moins vis-à-vis du proposant, il ne saurait être question de prescription à son égard ; quant à l'obligation de l'offrant, elle a déjà pris naissance, c'est vrai, mais elle peut toujours disparaître ; nous l'assimilerions volontiers à une obligation conditionnelle : elle ne sera définitive que si l'acceptation n'est pas révoquée, c'est-à-dire arrive indemne à l'offrant.

Cette arrivée de l'acceptation paraît donc avoir ici une importance capitale et nous n'hésitons pas à dire qu'elle marque le point de départ du délai ; c'est à ce moment en effet seulement que les deux parties peuvent agir l'une contre l'autre pour demander l'exécution du contrat et que par conséquent la prescription est possible. Elle ne l'était pas auparavant et cela est très juste puisqu'elle constitue « une fin de non recevoir qu'un débiteur peut opposer contre l'action du créancier qui a négligé de l'exercer ou de faire régler son droit pendant le temps déterminé par la loi » (1). Une fois l'acceptation arrivée, au contraire, le contrat est définitivement formé ; les deux parties connaissent leurs volontés réciproques, elles sont coupables de négligence en n'en demandant pas l'exécution, la prescription doit courir.

Reste, pour terminer, la question suivante : à quel moment doit-on se placer pour apprécier la *validité d'un*

(1) *Pothier*, Coutume d'Orléans, t. XIV, introd., n° 30.

*contrat* lorsque l'une des parties vient à être mise en *faillite* ou lorsque les créanciers de l'une d'elles prétendent invoquer *l'action paulienne?*

L'action paulienne est, nous le savons, donnée aux créanciers antérieurs pour faire tomber les actes que le débiteur a fait dans la suite en fraude de leurs droits c'est-à-dire en sachant qu'il leur nuisait. — La faillite est une procédure d'ensemble pour arriver à liquider l'actif d'un commerçant qui a cessé ses payements; le jugement déclaratif met le failli dans l'impossibilité de nuire à la masse en le frappant du dessaisissement, c'est-à-dire que tous les actes postérieurs à ce jugement ne sont pas opposables aux créanciers. Il y a donc entre les deux situations une très grande ressemblance ; de part et d'autre, on paralyse les effets d'un acte au profit des créanciers antérieurs, la question qui nous occupe peut être résolue de la même façon dans les deux cas.

Ceci posé, la formation du contrat a-t-elle quelque importance dans le débat? Aucune à notre avis. Il faut, d'après nous, distinguer suivant que la faillite atteint l'un ou l'autre des contractants, suivant que ce sont les créanciers de l'un ou de l'autre qui veulent agir, et voici les solutions qui nous paraissent devoir s'imposer.

Est-ce l'offrant qui est mis en faillite, le contrat sera valable pourvu que l'offre soit antérieure au jugement déclaratif et parmi les créanciers de l'offrant pourront seuls attaquer le contrat par l'action paulienne ceux dont les droits sont nés avant que l'offre n'ait été expédiée. Est-ce au contraire l'acceptant qui est mis en faillite le contrat sera valable pourvu que l'acceptation soit manifestée avant le jugement déclaratif et pourront seuls l'attaquer les créanciers qui existaient déjà quand elle a été manifestée.

Résoudre ainsi le problème est le seul moyen d'éviter les inconvénients pratiques que nous avons signalés dans notre première partie : c'est aussi nous semble-t-il la seule solution juridique.

Il n'est pas besoin, en effet, d'envisager le contrat dans son ensemble; on s'en convaincra aisément si l'on songe que l'action paulienne réprime et que le jugement déclaratif a pour but d'empêcher *tous actes* (C. civ., art. 1167) du débiteur qui peuvent nuire aux créanciers; nulle part il n'est parlé de contrat et cela se comprend : les mesures dont nous nous occupons sont des sanctions mises par la loi à la conduite d'une personne, peu importe en principe, si l'on veut bien nous passer l'expression, qu'elle ait ou non des complices.

Sans doute, le plus souvent l'acte annulé sera un contrat parce que c'est la manière normale dont une personne augmente ses dettes, mais même alors ce que l'on prend en considération c'est la *conduite du débiteur* ; on exige qu'il ait fraudé les créanciers, c'est une condition sine qua non de la réussite de l'action. Pour les actes à titre onéreux, il est vrai, la fraude est nécessaire aussi de la part du créancier, mais c'est là une pure restriction faite en faveur des créanciers de bonne foi et qui ne touche en rien au principe : le créancier serait-il de mauvaise foi, le contrat sera inattaquable, si le débiteur a agi sans fraude; la conduite de ce dernier décide donc de la question.

S'il en est ainsi, il faut se placer, pour apprécier la validité du contrat, au moment où le débiteur a agi, c'est-à-dire au moment où il a manifesté sa volonté : entre présents ce moment est le même pour chacun des contractants, entre absents les manifestations de volonté sont séparées par un intervalle plus ou moins long et c'est ce

qui explique les solutions différentes que nous avons données pour chacun des contractants.

Qu'importe en effet aux créanciers de l'offrant postérieurs à l'offre le moment où intervient l'acceptation? L'offre existait au moment où ils ont traité et ils ont dû envisager l'hypothèse où elle serait acceptée ; d'autre part, peut-on dire, que le failli contrevient à la loi du dessaisissement par ce fait qu'une offre qu'il avait faite avant le jugement déclaratif, n'a été acceptée qu'après. Pour les créanciers du destinataire de l'offre, l'arrivée de cette dernière importe peu : ils ont toujours le droit d'espérer qu'elle ne sera pas acceptée, et l'acceptation, si elle intervient, est un acte de leur débiteur qui peut tomber sous le coup de l'article 1167. Le même raisonnement s'applique « mutatis mutandis » au contrat par commis-voyageur, en distinguant d'une part le moment où le tiers a traité et celui où le maître a ratifié et d'autre part suivant que la question se pose vis-a-vis de l'un ou vis-à-vis de l'autre.

Quoi qu'il en soit, la déclaration de volonté est tout au point de vue qui nous occupe et remarquons qu'il faut s'attacher ici au moment où elle a été manifestée : c'est à ce moment, en effet, que le débiteur accomplit l'acte dont il s'agit d'apprécier la valeur.

## CHAPITRE VI

### LE LIEU DU CONTRAT

Connaissant le moment où les parties sont liées et celui où le contrat produit ses effets, il nous faut maintenant porter notre attention du côté de la *question de lieu* et voir quel est le tribunal compétent pour statuer sur les contestations relatives à un contrat entre absents aux termes de l'article 420, Pr. civ., alinéa 2, ainsi conçu : « Le demandeur pourra assigner à son choix, devant le tribunal..... — devant le tribunal de l'arrondissement où la promesse a été faite et la marchandise livrée, — devant le tribunal..... » On traduit, nous le savons, d'une façon unanime le mot promesse par contrat et l'on admet que la détermination du lieu du contrat varie suivant qu'on exige ou non que l'offrant connaisse l'acceptation dans le contrat par correspondance, qu'on donne ou non à la ratification effet rétroactif dans le contrat par commis-voyageur : en un mot la question de temps et la question de lieu dans l'opinion courante sont solidaires, le contrat se forme dans le lieu où il atteint sa perfection.

Nous avons dit (1) les *inconvénients pratiques* auxquels

(1) Voir ci-dessus, première partie, chapitre IV.

on aboutit : nous avons vu qu'étant donnée l'incertitude actuelle sur le moment théorique de la perfection du contrat, la question de lieu dans une hypothèse donnée ne peut être résolue à priori d'une façon ferme, puisque tout dépend de l'opinion que professeront les magistrats sur ce point. Nous avons d'ailleurs montré qu'aucune des théories en présence, à supposer qu'elle vint à prévaloir, ne donnerait satisfaction aux exigences de la pratique : dans les unes comme dans les autres le lieu du contrat et par suite, le tribunal compétent varie avec le nombre des lettres échangées.

La théorie que nous avons admise sur la formation du contrat n'échappe pas à ce danger : celui-ci, avons-nous dit, n'est définitivement conclu que par l'arrivée de l'acceptation à son destinataire ; c'est donc, si nous admettons l'opinion courante, le domicile de ce dernier qui est le lieu du contrat ; nous aboutissons en fait et pour ce point seulement *aux mêmes résultats* que la *théorie de l'information :* tout revient à savoir qui a écrit la dernière lettre, celui-là ira plaider chez l'autre, c'est-à-dire que tel tribunal sera compétent si les lettres échangées forment un nombre pair, tel autre le sera si ce nombre est impair, la détermination de la compétence est donc en quelque sorte abandonnée au hasard.

Ce résultat est « a priori » critiquable, et nous le rejetons d'autant plus volontiers que nous n'avons *aucune raison* pour l'admettre : le moment où le contrat est conclu n'a pas en effet, pour nous, l'importance qu'on y attache ordinairement dans les théories classiques de l'information ou de la déclaration ; il ne marque pas, nous l'avons montré, le moment où prennent naissance les obligations

respectives des parties ; il ne marque pas non plus le moment où le contrat produit ses effets ; pourquoi dès lors servirait-il à déterminer le lieu du contrat et pourquoi celui-ci ne serait-il pas indépendant du point de savoir quand le contrat est formé.

Ajoutons que cette solution s'impose même pour les partisans des théories que nous avons critiquées et repoussées : quand même le moment de la formation aurait à d'autres points de vue l'importance qu'on veut bien dire, il faudrait lui refuser toute influence à l'égard de la question de lieu : il suffit pour s'en convaincre d'examiner la situation.

Lorsque le contrat a lieu *inter presentes*, les parties discutant oralement les conditions du marché, leur activité se manifeste à toutes les deux au même endroit : c'est le lieu où elles se sont rencontrées qui est le lieu du contrat, aucun doute ne saurait s'élever à cet égard : il n'en est plus de même dans le contrat entre absents : par hypothèse alors, les *deux parties sont éloignées* l'une de l'autre, leur activité se manifeste à chacune d'elles en des endroits différents, elles ne « contractent » nulle part et l'on trouve devant soi, comme réponse possible à l'interprétation cherchée de l'article 420 alinéa 2, deux lieux entre lesquels il faut choisir : les uns se prononcent pour celui d'où est partie l'acceptation, les autres pour celui où elle arrive ; les uns et les autres justifient leurs solutions par ce fait qu'ils donnent compétence au tribunal du lieu où le contrat acquiert sa perfection. Mais cela n'a rien à voir dans la question : les déclarations de volonté constitutives du contrat partent d'un lieu pour arriver dans un autre ; chacun des contractants expédie sa lettre du lieu où il se trouve, et c'est là qu'il reçoit la lettre de son

correspondant : chacune des missives est reçue là d'où l'autre est partie, de sorte que, soit au point de vue de l'émission, soit au point de vue de la réception, les deux déclarations se sont réalisées en des endroits différents : il n'y a pas de lieu du contrat. En réalité, « on a uni deux idées qui auraient dû rester distinctes », « les mots, lieu de la promesse, ne sont point synonymes de ces autres mots : lieu du contrat, lieu où le contrat est devenu parfait » (1). Que veulent-ils dire ? c'est ce que nous allons déterminer

Pour cela, ouvrons un recueil d'arrêts et voyons les solutions consacrées par la pratique : la méthode, au premier abord, peut sembler bizarre puisque nous venons de condamner le système de la jurisprudence qui donne compétence au tribunal du lieu où le contrat s'est formé ; et cependant cet examen nous paraît devoir donner quelque profit, précisément par ce fait que dans le contrat par lettres les tribunaux, pour déterminer le tribunal compétent, adoptent tantôt la théorie de la déclaration, tantôt celle de l'information ; par ce fait encore que dans le contrat par commis-voyageur, « à côté de la rétroactivité dans le temps que prévoit l'article 1179 C. civ., la Cour de cassation établit une rétroactivité dans l'espace dont nulle part ailleurs il n'est question (2). » Or, l'article 420, alinéa 2 Pr. civ. contient une exception remarquable aux règles ordinaires de la compétence « ratione personæ » ; c'est, dans certains cas, le renversement complet de la règle « actor æquitur forum rei » ; en vertu

(1) *Ferron*, Compétence ratione personæ des trib. com. (Revue critique, 1901, p. 403).

(2) *Ferron*, loc. cit., p. 423.

de cette disposition, le défendeur pourra être contraint d'aller plaider loin de son domicile, assez souvent devant le tribunal du domicile du demandeur : nous voudrions voir, en fait, laquelle des deux parties (l'offrant ou l'acceptant) bénéficie le plus souvent de cet article ; nous voudrions rechercher s'il n'y a pas un mobile unique au fond de toutes ces décisions : nous voudrions, en un mot, saisir la raison vraie à travers celle qu'on donne habituellement.

Examinons tout d'abord les décisions relatives au contrat par correspondance et faisons les constatations qui s'imposent.

Dans le courant du mois de juillet 1856 un sieur Durieux, de Lyon, achète par correspondance au sieur Ayral et sur l'offre de celui-ci 125 kilogs de soie au prix de 50 fr. le kilog ; la marchandise est livrée et le prix payé ; mais Durieux prétendant à tort ou à raison que 45 kilogs n'étaient pas de la qualité convenue, il fait assigner son adversaire devant le tribunal de commerce de Lyon. Ayral soulève l'incompétence, mais son déclinatoire est rejeté et le procès a lieu à Lyon (1) : en l'espèce l'article 420 Pr. c. s'applique contre l'offrant. Nous retrouvons le même esprit dans un arrêt de la Cour de Rennes (2) confirmant un jugement du tribunal de commerce de Fougères, lequel s'était déclaré compétent dans une instance intentée par un sieur Madiot, de Fougères, à un sieur Leroux, d'Alençon, à propos d'un contrat que celui-ci lui avait proposé. Même solution encore, dans un arrêt de la

(1) *Lyon*, 1er juin 1857. D. P. 58. 2. 20.
(2) *Rennes*. 6 février 1873. D. P. 75. 2. 224.

Cour de Rouen (1), dans un autre de la Cour de Lyon (2) : ils sont défavorables à l'offrant qu'ils obligent à se déplacer, c'est la caractéristique de tous les arrêts qui ont adopté la théorie de la déclaration.

La conséquence contraire devrait, semble-t-il, résulter des arrêts qui consacrent la théorie de l'information puisqu'ils reposent sur le principe contraire et qu'ils exigent l'arrivée de l'acceptation à son adresse ; avec cette théorie semble-t-il, celui qui a pris l'initiative du contrat n'a pas à se déplacer en cas de conflit : c'est chez lui qu'on va plaider ; ce n'est cependant pas ce qu'on constate dans les arrêts.

Le plus connu a été rendu par la Cour de Bourges (3) dans l'espèce suivante : les sieurs Gillain, négociants à Paris, se proposant de faire des acquisitions de grains dans l'arrondissement de Clamecy, écrivaient en janvier 1864 au sieur Fourrier, banquier à Clamecy, pour lui demander à quelles conditions il ferait des avances de fonds. Le 20 janvier le banquier adressait sa réponse et le 21 par une nouvelle lettre, les sieurs Gillain acceptaient les conditions qui leur avaient été offertes. Des difficultés s'étant élevées plus tard sur l'exécution du marché et le banquier ayant assigné ses clients devant le tribunal de Clamecy, un déclinatoire d'incompétence fut soulevé par les défendeurs, mais rejeté par le tribunal et la Cour de Bourges : les sieurs Gillain, quoique défendeurs, durent aller plaider à Clamecy, or, c'est d'eux qu'émanait l'initiative du contrat. Même solution dans un

(1) *Rouen*, 28 février 1874. D. P. 77. 2. 222.
(2) *Lyon*, 12 avril 1892. D. P. 95. 2. 257.
(3) *Bourges*, 19 janvier 1866. D. P. 66. 2. 64.

arrêt de Chambéry (1) : Un sieur Uzel marchand de matériaux à Valence, écrivait le 29 octobre 1874, à un sieur Michard, fabricant de plâtre à Saint-Jean-de-Maurienne, pour lui demander de reprendre les relations qu'ils avaient eues précédemment. Le 30 octobre Michard faisait connaître ses prix et Uzel faisait le 7 novembre une commande qui fut aussitôt exécutée. Cette commande étant restée impayée, le vendeur assigna son client devant le tribunal de Saint-Jean-de-Maurienne. A cette demande, le défendeur répondit par une exception d'incompétence qui fut rejetée par le Tribunal et la Cour : ici encore, on oblige à se déplacer, bien qu'il soit défendeur, celui par qui le contrat avait été proposé.

Nous pouvons faire la même constatation en ce qui concerne le marché par commis-voyageur : les arrêts sont unanimes à déclarer qu'il se forme au lieu où le commis s'est rencontré avec le tiers et cela sans distinguer s'il avait les pouvoirs suffisants pour traiter définitivement ou si le contrat était soumis à l'approbation du patron, approbation qui, nous le savons, rétroagit au jour des pourparlers : c'est en somme toujours la maison de commerce qui, en cas de litige, vient plaider devant le tribunal du tiers visité par le commis ; ici encore apparaît la préoccupation que révèlent tous les arrêts, d'éviter à ceux que le marchand est venu solliciter l'inconvénient d'aller le chercher au loin pour obtenir justice ; de là l'obligation imposée à celui qui a pris l'initiative du contrat d'aller, quel que soit son rôle (demandeur ou défendeur) plaider chez l'autre partie.

C'est à n'en pas douter la *préoccupation du législateur*

(1) *Chambéry*, 8 juin 1877. D. P. 78. 2. 113.

et le but qu'il a poursuivi en édictant l'article 420 ; il n'a pas voulu simplement « favoriser le commerce par l'avantage qu'offre au demandeur la faculté de choisir celui des trois tribunaux désignés qui, selon l'ordre ordinaire des négociations commerciales, lui semble devoir lui épargner autant que possible les inconvénients qui résulteraient de l'obligation de poursuivre exclusivement son action devant le tribunal du domicile du défendeur » (1). « Favoriser le commerce, voilà, comme on l'a dit (2), des expressions bien vagues qui peuvent en général s'appliquer à toutes les dispositions de nos Codes touchant le droit commercial ! Si en disant que le législateur a voulu favoriser le commerce, on entend qu'il a voulu activer la marche des procès entre commerçants qui ont besoin plus que tous autres d'une prompte justice, c'est une appréciation erronée. Les lenteurs de la procédure peuvent tenir soit à la multiplicité des formalités, soit aux délais de distance. Or, les formes de procéder sont les mêmes devant tous les tribunaux de commerce. La durée du procès sera donc la même qu'il se déroule à Paris, Lyon ou Bordeaux. Quant aux délais de distance, s'ils sont abrégés pour l'une des parties, ils sont par là même allongés pour l'autre, de ce chef encore on ne gagnera pas un jour. »

En réalité la disposition de l'article 420 Pr. civ. est tout *en faveur du demandeur* et il s'agit de savoir pourquoi le législateur favorise ici le demandeur, tandis qu'il se préoccupe ordinairement du défendeur : ce qui est une

(1) *Carré et Chauveau*, Lois de procédure, t. III, nº CCLVI, p. 516.

(2) *Ferron*, loc. cit., p. 404.

faveur pour l'un devient une défaveur pour l'autre. Le législateur a pensé qu'il devait sa protection à celui que le commerçant est venu solliciter soit par lettre, soit par l'intermédiaire de son commis; celui-là n'aurait pas traité si on l'avait laissé tranquille, il est donc juste que si des difficultés s'élèvent plus tard à propos du marché on ne lui inflige pas les ennuis du déplacement, qu'importe dans ce but le moment où le contrat est parfait? L'offrant est venu trouver l'autre, partie pour traiter, il doit encore venir la trouver pour plaider.

Cette volonté du législateur nous est prouvée par la *tradition historique* ; l'article 420 n'est en effet que la reproduction de l'ordonnance de 1673, laquelle à son tour avait subi l'influence des ordonnances antérieures.

La plus ancienne en la matière est celle de 1349 qui établit une juridiction spéciale des foires, les gardes. « Nous voulons, y est-il dit, et ordonnons que tous marchants et fréquentants les dictes foyres soient subjects et justiciables desdictes gardes et à icelles gardes appartienne la cour, cognoissance et juridiction d'iceux marchants et fréquentants, des cas et contracts et faicts advenus esdictes foyres.... » (1) ; ainsi les marchands français ou étrangers qui viennent aux foires doivent soumettre leurs litiges à ce tribunal spécial. L'ordonnance de 1535 va nous en donner la raison; François Ier y rappelle tout d'abord que le conservateur et gardien des foires de Lyon a été établi pour connaître « des débats, questions et procès qui se sont meuz entre tous marchants fréquentants lesdictes foyres pour faict de marchandise ou autre faict de foyre. »

(1) Voir le texte dans *Isambert*, Recueil des anciennes lois, t. IV, p. 554, rapporté par *Ferron*, loc. cit., p. 405.

Il confirme et augmente la compétence de cette juridiction spéciale et il nous en donne les motifs. C'est pour éviter que les « créditeurs » qui veulent recouvrer leurs dettes ne soient « contraints... aller ou envoyer en plusieurs et divers lieux où leurs débiteurs font leur résidence, à les faire appeler par devant leur juge ordinaire où ils ne peuvent avoir prompte et briève justice... Par quoy lesdicts créditeurs souventes fois pour obvier aux grands frais qu'il leur faudrait faire délaissent leurs dictes dettes... » En conséquence, l'ordonnance porte que pour toutes « dettes et contracts faits et passés sous les soubmisions et rigueurs des dictes foyres pour devoirs et marchandises ou autre faict de foyre... par les marchants fréquentants icelles ou leurs facteurs, serviteurs et compagnons... » les créditeurs pourront faire ajourner, convenir et contraindre leurs débiteurs par devant le dit juge et conservateur des foires « nonobstant quelconque incompétence que les dits débiteurs sachent alléguer » (1). Celui à qui on est venu proposer un marché ne doit pas courir après son adversaire en cas de procès, tel est l'esprit des anciennes ordonnances qui ont réglementé le droit des foires; quoi d'étonnant que cet esprit ait passé dans notre Code ? la Cour de Chambéry l'a même déclaré formellement : l'intention du léglislateur, dit-elle, en édictant l'article 420 Pr. civ. « paraît avoir été de faciliter la poursuite à celui qui placé au lieu de ses marchandises y a promis de les livrer, et les y a livrées, de ne pas l'obliger à courir après un acheteur à domicile inconnu et quelquefois insaisissable... » (2).

(1) *Isambert*, Anciennes lois françaises, t. XII, p. 496; Rapporté par *Ferron*, loc. cit., p. 407.

(2) *Chambéry*, 8 juin 1877. D. P. 78. 2. 113.

Cette considération a été surtout mise en lumière à l'occasion du contrat par commis-voyageur. Avant 1852, nous le savons, lorsque le commis n'avait pas les pouvoirs suffisants pour traiter définitivement, le contrat n'était réputé conclu qu'au moment et au lieu où il était ratifié ; en cas de procès l'acheteur venait plaider au domicile du commerçant qui lui avait envoyé son commis ; c'est contre ce résultat que l'on protestait : le procès, disait-on, doit se dérouler devant le tribunal du tiers acheteur, « la bonne foi qui est la loi commune du commerce et de l'industrie le veut ainsi, et il y aurait déception véritable pour l'acheteur qui ne cède parfois qu'à l'obsession ou à des conditions toutes favorables pour le voyageur ou le commettant, s'il devait contre toute attente être obligé d'aller au loin terminer les débats auxquels le contrat a donné lieu » (1). La Cour suprême a compris le bien fondé de ces critiques et pour donner satisfaction tout à la fois à *l'équité* et à ce qu'elle croyait être la *vérité juridique*, elle a déclaré le contrat formé au jour et au lieu des pourparlers par suite d'un effet rétroactif attribué à la ratification.

De tout ce qui précède une conclusion s'impose : les arrêts appliquent à la lettre la volonté du législateur et les rédacteurs du code de procédure approuveraient en fait toutes les solutions rendues par nos tribunaux en matière de compétence sur l'article 420 Pr. civ.; reste à voir s'ils en approuveraient les motifs; sur ce point nous l'avons déjà dit la négative est certaine ; le législateur serait

(1) Note sous *Bordeaux*, D. P. 49. 2. 36; Cf. *Orillard*, Compétence des trib. comm., n° 609 ; *Boncenne*, Procédure. t. VI, art. 420, p. 167.

choqué de cette contradiction dans les arrêts relatifs au contrat par correspondance, de cette fiction de rétroactivité « dans le temps et dans l'espace » en matière de contrat par commis-voyageur; il rejetterait cette explication de la compétence par le lieu de la formation du contrat, lieu qui n'existe pas et auquel il n'a pu songer en parlant du lieu de la promesse.

Que faut-il donc entendre par là? Une première idée vient tout d'abord à l'esprit, si celui qui a pris l'initiative du contrat, qui a fait l'offre, va plaider chez l'adversaire, c'est donc que le tribunal compétent est celui du lieu où l'acceptation a été manifestée ; telle est la manière de voir de certaines législations étrangères : les Républiques du Chili et du Honduras par exemple (C. co., art. 104) qui admettent la théorie de l'information fixent cependant le lieu du contrat à la résidence de l'acceptant. De même un auteur italien (1), Regnoli, cherchant à diminuer le nombre des arrêts italiens favorables à la théorie de la déclaration, soutient que ces décisions ont pour but de dire la convention formée au lieu où l'offre est acceptée sans soulever la question de savoir s'il est nécessaire que l'acceptation pour être efficace parvienne à la connaissance de l'offrant. C'est l'idée qui semble se dégager de certains arrêts; la Cour d'Angers a formellement jugé que, « lorsqu'il s'agit d'un marché par correspondance, le lieu où la promesse a été faite est celui où la proposition a été définitivement acceptée (2); » la promesse serait donc l'offre acceptée.

(1) Rapporté dans l'Archivio giuridico, 1870-VI, p. 32.

(2) *Angers*, 20 juin 1860. D. P. 60. 2. 206; *Caen*, 15 juin 1871. D. P. 72. 5. 111; *Montpellier*, 26 décembre 1874. D. P. 77. 1. 450; *Rouen*,

Mais cela n'est pas exact d'une manière générale ; sans doute dans les espèces où la théorie de la déclaration a été adoptée, c'est-à-dire lorsque deux lettres seulement, l'offre et l'acceptation, ont été échangées, nous ne modifions pas la solution admise par les tribunaux, et, ne l'oublions pas, voulue par le législateur, en disant que le tribunal compétent est celui du lieu où a été manifestée l'acceptation ; mais il n'en serait plus de même dans les espèces où la théorie de l'information a prévalu et dans les décisions rendues en matière de contrat par commis-voyageur ; dans ces hypothèses *l'acceptation définitive* émane de celui qui a pris *l'initiative du marché* (1) : c'est la maison de commerce qui ratifie, mais c'est elle aussi qui par l'intermédiaire de son commis avait proposé le contrat ; de même dans les arrêts cités de Bourges et Chambéry, l'acceptation définitive émane du proposant; il est bon en effet de constater que la théorie de l'information a été presque toujours consacrée dans des espèces où trois lettres avaient été échangées : A écrit à B pour lui demander à quelles conditions il serait prêt à traiter ; dans une seconde lettre B fait connaître ses conditions ; dans une troisième A les accepte. « Faire dans ce cas du lieu de l'acceptation le lieu de la promesse, c'est favoriser l'instigateur du marché contrairement à l'esprit de l'article 420 Pr. c. (2), » c'est lui éviter les ennuis du déplacement en donnant compétence au tribunal de son domi-

28 février 1874. D. P. 77. 2. 222; *Douai*, 15 mars 1886. D. P. 88. 2. 37 ; *Poitiers*, 21 janv. 1891. D. P. 92. 2. 249 ; *Poitiers*, 14 mai 1901. D. P. 1902. 2. 13.

(1) *Ferron*, loc. cit., p. 411.

(2) *Ferron*, loc. cit., p. 411.

cile ; on aboutirait ainsi à une solution contraire à celle admise par les arrêts, solution, nous l'avons montré, pourtant conforme à l'équité et aux vues du législateur. A supposer même l'hypothèse ordinaire d'une *offre suivie d'une acceptation* pure et simple, il sera quelquefois impossible de déclarer compétent le tribunal du lieu où a été manifestée l'acceptation (1). Un négociant de Marseille, par exemple, écrit à son correspondant de Lille pour lui proposer un marché ; celui-ci absent de chez lui a donné l'ordre qu'on lui envoie son courrier à Bordeaux où il se rend et c'est dans cette ville qu'il accepte l'offre à lui faite par le négociant marseillais. Bordeaux est donc le lieu de l'acceptation ; serait-il admissible que le tribunal de cette ville fût le tribunal compétent ? Evidemment non ; nous ne saurions mieux le montrer qu'en rapprochant notre hypothèse de celle analogue prévue par un auteur italien : Vidari se range en principe à la théorie de l'information et par conséquent, pour lui, le contrat est formé au temps et au lieu où le proposant reçoit l'acceptation : « Cependant, ajoute-t-il, si ce lieu n'est pas le même que celui d'où l'offre est partie (ce qui se produira quand l'offrant reçoit l'acceptation en voyage), c'est néanmoins dans cette dernière localité (d'où l'offre est partie) que le contrat devra être pour tenu formé parce que c'est là qu'on en trouve le germe (2). » Appliquant mutatis mutandis le même raisonnement à notre hypothèse nous dirons : le lieu où l'acceptation est manifestée, importe peu, nous ne tenons compte que du lieu où elle aurait dû se produire, Lille en l'espèce ; c'est

(1) *Ferron*, loc. cit., p. 411.
(2) *Vidari*, Diritto commerciale, t. IV, n° 2378.

là que l'offre a été adressée, c'est de là que l'offrant croyait recevoir l'acceptation. Mais alors s'il en est ainsi le lieu de la promesse n'est pas le lieu où l'acceptation a été manifestée, c'est le lieu où l'offre a été faite.

La promesse dont parle l'article 420, alinéa 2, est donc indépendante de toute idée d'acceptation : elle consiste dans un fait *personnel* à l'offrant, c'est l'offre elle-même.

La promesse est un *fait* accompli par l'une des parties : il suffit pour s'en rendre compte d'examiner dans leur ensemble les dispositions de l'article 420 Pr. civ. ; il y est question de trois choses, la promesse, la livraison de la marchandise, et le payement du prix ; ces trois phénomènes sont attributifs de compétence au tribunal du lieu où ils se produisent : le dernier à lui seul suffit, les deux autres doivent marcher de pair. Or, il est incontestable que payer le prix, livrer la marchandise, sont des faits qui n'ont rien en soi de juridique, ce sont de simples manifestations de l'activité individuelle ; pourquoi vouloir qu'il en soit autrement en ce qui concerne la promesse et pourquoi vouloir que ce mot désigne le contrat, c'est-à-dire une abstraction juridique ; la promesse c'est le fait individuel de contracter, nous sommes en présence d'une double promesse, celle de l'offrant et celle de l'acceptant.

N'est-ce pas ainsi d'une manière générale que le contrat apparaît aux parties : ce qu'elles veulent lorsqu'elles vendent, ou lorsqu'elles louent, c'est non pas faire une vente ou un louage, mais s'engager réciproquement à accomplir telle ou telle prestation : je promets mon cheval, ma maison à condition qu'à votre tour vous voudrez bien me promettre telle somme : le contrat n'est qu'une double

promesse. Sans doute le législateur intervient pour sanctionner ces promesses et pour dire à quelle condition elles deviendront efficaces, à quelle condition en un mot il y aura un contrat de vente ou de louage qui s'imposera aux parties et aux juges : le respect de ces prescriptions constitue le contrat qui nous apparaît beaucoup plus comme un résultat que comme un but : le *but* c'est l'engagement de chacun envers l'autre, c'est *un échange de promesses* ; toute la question est de savoir laquelle des deux le législateur a considérée comme attributive de compétence : nous disons que c'est celle de l'offrant.

Les termes de l'article 420 Pr. civ. le prouvent : le tribunal du lieu où la promesse a été faite n'est compétent, nous le savons, qu'à condition que ce soit aussi dans son ressort que la livraison a été effectuée ; ces faits sont requis tous deux pour l'attribution de compétence parce que tous deux émanent de la même personne, tous deux sont des manifestations d'une même activité : celui qui livre c'est celui qui promet, or la livraison de la marchandise est sans conteste un fait du vendeur : il doit en être de même de la promesse ; si nous rapprochons maintenant cette conclusion de ce fait que c'est le vendeur le plus souvent qui prend l'initiative du contrat, c'est-à-dire qui fait l'offre, ne résulte-t-il pas d'une manière certaine que la promesse dont parle l'article 420, alinéa 2, Pr. civ., c'est la promesse de l'offrant (1).

Cette interprétation est d'ailleurs conforme à *la pratique commerciale* ; nous n'aurions pour nous en convaincre qu'à parcourir les innombrables lettres, circulaires, annonces ou affiches qui tous les jours sont adressées

(1) Cf. *Ferron*, loc. cit., p. 413.

au public : leurs termes ne sauraient laisser aucun doute à cet égard, les mots de promesse et d'engagement s'y rencontrent à chaque ligne et la formule « je m'engage à..... », « je promets de..... » y est pour ainsi dire courante : celui qui reçoit l'offre reçoit la promessede l'offrant avant toute manifestation de volonté de sa part.

Il n'est d'ailleurs pas impossible, même *juridiquement parlant*, de trouver des exemples de promesses qui soient incontestablement le fait d'un seul : j'ai perdu un objet auquel je tiens beaucoup et je fais annoncer que celui qui me le rapportera aura telle récompense : qu'ai-je fait sinon une promesse et pourtant aucune volonté ne s'est ajoutée à la mienne. Pourquoi en serait-il autrement lorsqu'il s'agit de la conclusion d'un contrat ? Deux manifestations de volonté sans doute sont nécessaires pour atteindre ce résultat, mais pourquoi prétendre que jamais on ne peut les considérer l'une sans l'autre ? Il faut au contraire les distinguer toutes les fois que cela est possible car nous l'avons montré elles ne disparaissent pas pour former le consentement ; en ce qui concerne la détermination du tribunal compétent cette distinction est possible, disons plus, elle s'impose devant les termes formels de l'article 420 Pr. civ.

La promesse, c'est l'offre non encore acceptée : le mot était déjà employé par Pothier (1), « le contrat, disait-il, renferme le concours des volontés de deux personnes dont l'une promet quelque chose à l'autre, et l'autre accepte la promesse qui lui est faite. La pollicitation est la promesse qui n'est pas encore acceptée par celui à qui elle a été faite » ; nous retrouvons la même idée dans

(1) *Pothier*, Obligations, n° 4.

Zachariæ (1) : « tout contrat, dit-il, se compose dans son essence de deux déclarations de volonté, d'une promesse et de l'acceptation de cette promesse..... La promesse et l'acceptation peuvent d'ailleurs avoir lieu à des époques différentes. »

Ce caractère *unilatéral* nous est au surplus largement démontré par la *tradition historique* : la déclaration du Roi du 28 avril 1565, donnait compétence aux juges et marchands de la ville de Paris « quant à la marchandise vendue, ou achetée, ou promise livrer et paiement pour icelle destinés a faire en la dite ville par les marchands en gros et détail tant habitants de la dite ville qu'autres juridictions » (2). Les mots importants pour nous sont ceux de « marchandise promise livrer », d'où il résulte que par ce seul fait qu'un marchand a promis de livrer dans une ville, il se soumet à la juridiction du lieu : or la promesse dont il s'agit dans cette déclaration est bien une manifestation de volonté unilatérale, œuvre d'une seule des parties puisqu'elle est opposée à la vente elle-même (marchandise vendue et achetée). S'il en est ainsi, pourquoi ne pas comprendre de la même façon la promesse dont parle l'article 420 Pr. civ. : sans doute celui-ci, tout comme l'ordonnance de 1673, se montre plus exigeant que la déclaration de 1565 : la promesse ne suffit plus pour donner compétence au tribunal du lieu où elle est faite, la livraison dans le même lieu est nécessaire, mais en réalité l'article 420 ne fait que décomposer l'expression « promise livrer », en attri-

(1) *Zachariæ*, t. III, n° 613, p. 552.

(2) *Neron* et *Girard*, Recueil d'édits et d'ordonnances, t. I, p. 441.

buant une valeur propre à chacun de ses termes, il ne change pas la signification du premier.

Le lieu de la promesse est donc *le lieu où l'offre a été faite*, et nous savons que celle-ci étant une déclaration de volonté qui part d'un lieu pour arriver dans un autre, n'acquiert d'existence juridique définitive qu'à son arrivée chez le destinataire : c'est donc le domicile de ce dernier qui est le lieu de la promesse, et le tribunal dans le ressort duquel il se trouve sera compétent à condition, bien entendu, que la livraison y ait été effectuée : l'inconvénient du déplacement doit être supporté par l'offrant.

Ainsi entendue, la détermination du lieu de la promesse est bien une *question de fait*, et nous dirons avec la Cour de cassation que les juges du fond jouissent sur ce point d'un pouvoir souverain d'appréciation : mais est-ce à dire qu'il ne se présentera jamais de difficultés ?

Dans le contrat par commis-voyageur, la question sera toujours facilement résolue : la promesse est réalisée sans aucun doute et dans tous les cas dans la ville où ont eu lieu les pourparlers. Qu'importe que le commis n'ait pas les pouvoirs suffisants pour traiter, cela n'empêche pas que l'initiative du contrat vient de la maison de commerce représentée par le commis, « celui-ci n'est pas un tiers désintéressé qui intervient dans un marché en conciliateur pour aider de ses avis et de ses conseils deux parties sur le point de contracter ; c'est un salarié qui fait l'article pour une partie. Il défend ses intérêts, il tâche d'obtenir pour elle les conditions les plus favorables ; il arrête toutes les clauses de la convention, sauf l'approbation de son patron » (1). C'est ce dernier qui l'a envoyé, c'est lui

(1) *Orillard*, Compétence des trib. com., n° 609.

qui, en cas de conflit, doit aller trouver son adversaire chez lui.

Dans le contrat par correspondance, la situation ne sera pas toujours aussi simple : sans doute, lorsque deux lettres seulement auront été échangées, il sera facile de voir celle des deux qui contient l'offre et, par suite, où la promesse est réalisée ; de même lorsque le destinataire d'une offre y répond par une proposition nouvelle et différente, il n'y a pas de doute que le lieu de la promesse soit celui où arrive la seconde, c'est-à-dire chez la partie qui avait écrit la première lettre et dont l'acceptation sur l'offre nouvelle formera le contrat : « Attendu, dit une décision de la Cour de Caen, que, dans l'espèce, la proposition d'Aron, contenue dans la dépêche du 14 janvier 1871, n'ayant pas été acceptée par Ruelle frères est comme non avenue ; que ces derniers y ont substitué une autre proposition qui a été agréée par Aron à Limoges..., d'où il suit que c'est dans ce dernier lieu que la promesse a été faite (1). » Tout se passe, en somme, comme si deux lettres seulement avaient été échangées, puisque l'une des trois, la première, est tenue pour non avenue.

Mais la difficulté apparaît justement dans l'hypothèse où *un nombre* plus ou moins *considérable de lettres* ont été échangées et où il est impossible de faire abstraction d'aucune d'elles, parce que chacune a sa valeur et que toutes ont contribué à la formation du contrat : faut-il dire alors que le lieu de la promesse est celui où a été reçue la première lettre ? On ne saurait trancher la question a priori : les juges examineront la correspondance

(1) *Caen*, 15 juin 1871. D. P. 72. 5. 111 ; *Poitiers*, 21 janvier 1891. D. P. 92. 2. 249 ; *Poitiers*, 14 mai 1901 ; D. P. 1902. 2. 13.

échangée ; ils verront, d'après le contrat tel qu'il a été définitivement conclu, à qui en revient l'initiative c'est-à-dire quelle est celle des parties qui a joué le rôle prépondérant dans les pourparlers qui l'ont précédé ; la réponse qu'ils donneront à cette question indiquera celui des contractants qui doit aller plaider chez l'autre (1).

L'interprétation que nous venons de donner à l'article 420 Pr. civ. est au surplus conforme à *l'intention des parties :* « il semble, avait déjà dit Bourbeau, le continuateur de Boncenne (2), que partout où le commerçant étend le réseau de ses spéculations, il prenne possession du lieu où ses relations s'établissent, et qu'ayant le monde pour patrie le commerçant se crée un domicile de circonstance dans tous les lieux où ses actes ont laissé des traces de leur passage. » Celui qui vient traiter dans un lieu accepte d'y conduire l'affaire jusqu'au bout : cette idée d'élection tacite de domicile a été très bien mise en lumière par M. Ferron, qui l'appuie encore sur des arguments tirés de la tradition historique : il cite en premier lieu l'ordonnance du 6 août 1349, qui détermine la compétence des gardes des foyres, officiers royaux chargés de la police et de la juridiction et il s'appuie principalement sur l'article 24, qui donne connaissance aux gardes « de tous les cas et contracts faicts et advenus auxdictes foyres » et qui déclare que « tous marchants et fréquentants sont subjects et justiciables de leur juridiction ». « Qu'est-ce à dire, en conclue le savant auteur, sinon que les marchands français et étrangers qui viennent traiter en foire consentent par avance tacitement à soumettre leurs litiges à ce tri-

(1) Cf. *Ferron*, loc. cit., p. 414.

(2) *Boncenne*. Procédure, t. VI, 150.

bunal spécial, qu'ils élisent tacitement domicile dans la ville où se tient la foire (1). » La même idée apparaît dans toutes les ordonnances postérieures par le soin jaloux qu'elles apportent à soumettre les « marchants et fréquentants des foyres » à la juridiction du gardien de ces foires, c'est parce qu'ils sont venus faire leurs offres de vente ou d'achat qu'ils en sont justiciables ; en un mot, parce qu'ils se sont tacitement soumis à la juridiction du lieu, parce qu'ils y ont élu domicile.

Avec les siècles, l'importance des foires diminue, le commerçant ne se déplace plus, il envoie une lettre ou un commis ; mais *l'idée persiste*, tout se passe encore comme au temps des ordonnances, parce que cela est conforme à l'équité et aussi à l'ordre naturel des choses : « en l'absence de ce puissant mécanisme social qu'on appelle la Poste... le pollicitant devrait se transporter par lui-même au domicile de la personne avec laquelle il désire contracter ; c'est là que la proposition serait débattue, qu'interviendrait l'acceptation » (2) ; le législateur l'a très bien compris, et si nous en voulions une preuve, nous la trouverions dans ce fait que le tribunal du lieu de la promesse n'est compétent qu'à condition qu'il soit aussi le lieu de la livraison : qu'est-ce à dire sinon que l'offrant est censé se trouver au domicile de son co-contractant avec la marchandise proposée ; il est, en un mot, censé y avoir transporté momentanément son commerce, il y a tacitement élu domicile ; cela nous explique la dérogation apportée par l'article 420 Pr. civ., alinéa 2, au droit commun de la compétence beaucoup mieux que toute idée de perfection du contrat dans un lieu déterminé.

(1) *Ferron*, loc. cit., p. 405.
(2) *Ferron*, loc. cit., p. 410.

## CHAPITRE VII

### LA LOI APPLICABLE AU CONTRAT

La question de lieu, que nous venons d'examiner à propos de la compétence commerciale, se pose encore, mais combien plus délicate en *droit international privé*. Il peut se faire, vu l'extension moderne de l'activité commerciale, qu'un contrat soit passé par deux personnes de nationalités différentes, domiciliées dans des pays différents : un grave problème apparaît alors, celui de savoir d'après quelle législation on doit envisager le contrat. La question est des plus complexes parce que l'accord des volontés peut être examiné sous de nombreux aspects, capacité des parties, effets du contrat ; on peut se demander quelle est l'étendue de l'obligation du débiteur, quel est en l'absence d'une stipulation formelle le taux des intérêts dont elle est productive, « si elle est soumise à une condition suspensive ou résolutoire, expresse ou tacite, si le contrat qui lui a donné naissance est annulable pour erreur, violence ou dol, ou rescindable pour lésion ; si son objet est indivisible, s'il existe un lien de solidarité entre les divers obligés (1) » ; sur tous ces points, cela n'a pas besoin

(1) *Weiss*, Droit international privé, p. 642.

d'être démontré, la solution variera suivant la législation adoptée comme régulatrice du contrat.

Nous n'examinons le problème du conflit de lois, remarquons-le, que dans l'hypothèse où les déclarations de volonté constitutives du contrat partent d'un pays pour arriver dans un autre, dans l'hypothèse, en un mot, où chacun des contractants se trouve dans un pays différent ; le conflit peut encore exister, il est vrai, dans l'hypothèse contraire, c'est-à-dire lorsque les deux parties habitent sur le territoire d'un même état. M. Surville et M. Girault, par exemple, se demandent quelle est la loi applicable au contrat entre absents passé à l'intérieur d'un pays par deux parties de nationalité étrangère (1), mais la question alors n'a rien de particulier aux contrats entre absents ; qu'importe, en effet, si les deux contractants sont à l'intérieur d'un même État qu'ils traitent oralement ou à distance ? dans les deux cas leurs déclarations de volonté ne sortent pas du pays commun où ils traitent, le problème se pose dans les deux cas de la même façon. Or,

(1) Ces auteurs sont d'accord pour déclarer que lorsque deux personnes ayant des nationalités différentes, mais domiciliées dans un même pays, traitent par correspondance en dehors de cet Etat, on doit appliquer au contrat la loi du domicile commun (*Surville* et *Arthuys*, Précis, nº 230 ; *Girault*, op. cit., nº 85) ; à l'inverse si les deux contractants ont même nationalité et des domiciles différents, on appliquera la loi nationale (*Surville* et *Arthuys*, op. cit., nº 233 ; *Girault*, op. cit., nº 85, p. 117). Le désaccord intervient lorsque les parties ne sont unies par aucun lien de nationalité ou de domicile. M. *Surville* (nº 230), veut s'en référer au rôle joué par les parties ; M. *Girault* (nº 85, p. 119), propose de tenir compte du lieu où le contrat est passé. Si les parties sont nationales d'un même pays et toutes deux domiciliées dans un autre, les uns appliquent la loi nationale, les autres celle du domicile.

l'opinion qui prévaut généralement, c'est qu'il faut appliquer au contrat entre présents la *lex loci contractus;* rien ne s'oppose à ce que ce soit aussi cette loi qui régisse le contrat passé à distance par deux personnes habitant un même pays ; c'est dans le domaine de la même loi que les parties ont échangé leurs consentements, c'est cette loi qui doit régir l'accord des volontés.

La situation n'est plus la même lorsque les frontières d'un État séparent les deux parties contractantes : chacune des déclarations part d'un pays pour arriver dans un autre : il s'agit de déterminer laquelle des législations doit s'appliquer au contrat : on a proposé de faire dans ce cas encore *l'application de la lex loci* (1) ; cependant il est facile de constater à la lecture des ouvrages spéciaux sur la matière que tandis que l'on est à peu près d'accord pour appliquer la *lex loci contractus* aux conventions entre présents, plusieurs auteurs repoussent cette solution lorsqu'il s'agit d'un contrat entre absents : « la raison de fait en est très facile à trouver. Très satisfaisante par ses résultats au cas de contrat entre présents, l'application de la *lex loci* aboutit au cas de contrat par correspondance aux mêmes controverses, aux mêmes contradictions que la théorie de la perfection du contrat en matière de compétence commerciale (2). »

Supposons, en effet, une vente par correspondance passée par un anglais et un prussien, chacun restant chez lui, c'est-à-dire dans deux pays qui adoptent le système de la déclaration : une difficulté s'élève plus tard à propos

(1) *Laurent*, Dr. civil int., t. VIII, n° 447 ; *Weiss*, Traité, t. III, p. 852. Manuel dr. int. pr., p. 632 et s.; *Girault*, op. cit., n° 85 ; *Despagnet*, Précis, n° 473.

(2) *Ferron*, loc. cit., p. 428.

de l'obligation de garantie contractée par le vendeur : quelle est la loi applicable ? On répond : la *lex loci contractus*, sans s'apercevoir qu'on abandonne ainsi *au hasard* la solution du conflit puisque le lieu du contrat va varier avec le nombre des lettres échangées.

L'offre par exemple, émane de l'anglais ; elle est suivie d'une acceptation pure et simple : le contrat se forme en Prusse et la loi prussienne est la *lex loci ;* si au contraire l'offre est conçue en ces termes : « Je tiens à votre disposition telle quantité de laine ; êtes-vous acheteur et à quel prix ? » c'est-à-dire si elle est muette en ce qui concerne un des éléments du contrat, se bornant à provoquer sur ce point les offres de son destinataire, une seconde lettre est nécessaire pour compléter la première et l'acceptation définitive contenue dans une troisième émane alors de celui qui avait pris l'initiative du contrat, en l'espèce de l'Anglais : la loi anglaise est la *lex loci contractus*. Cette distinction paraît encore plus illogique si l'on songe que le destinataire de l'offre peut à son tour faire changer le lieu de formation du contrat ; à la lettre : « Etes-vous acheteur et à quel prix ? » le destinataire peut répondre : « Je suis tout disposé à traiter, mais je désire être fixé par vous sur le prix auquel vous pouvez céder vos marchandises » ; ce sera la seconde lettre ; par une troisième, l'anglais fera connaître les conditions demandées ; par une quatrième le prussien acceptera, le contrat sera formé en Prusse et la loi applicable au contrat sera la même que dans le cas d'une offre suivie d'une acceptation pure et simple : en un mot dans notre hypothèse la *lex loci contractus* est la loi anglaise toutes les fois que les lettres échangées constituent un nombre pair, c'est la loi prussienne toutes les fois que ce nombre est impair : la même diversité de solu-

tions se produirait à supposer un contrat passé par deux personnes dont les législations respectives adoptent la théorie de l'information.

Ce résultat est véritablement inadmissible ! Il est impossible que le fait pour les parties d'avoir mis plus ou moins de temps à s'entendre change la solution des questions les plus graves qui peuvent s'élever sur le contrat une fois conclu. Qu'importe le nombre des lettres échangées, qu'importe le moment de la perfection, pour mesurer l'étendue des obligations et les effets du contrat? L'application de la « lex loci contractus » est d'ailleurs *absolument impossible* toutes les fois que les deux législations en présence admettent des théories différentes sur la formation du contrat et cela est de nature à se présenter assez souvent.

Les divergences sont en effet nombreuses entre les législations ; la plupart adoptent des systèmes éclectiques constitués à l'aide d'emprunts faits aux diverses théories proposées par les auteurs. Nous sortirions de notre sujet si nous en faisions un exposé même restreint : ce serait confondre la législation comparée et le conflit des lois, nous voulons seulement citer quelques exemples.

Nous savons déjà que la théorie de la déclaration prévaut généralement et nous avons déjà parlé de la solution admise par le Code suisse (art. 8) et par le Code de commerce allemand (art. 319). Le Code civil du même pays récemment promulgué, déclare à son tour que « le contrat est conclu par l'acceptation de l'offre sans que cette acceptation ait besoin d'être notifiée à l'auteur de l'offre si cette déclaration n'est pas exigée par l'usage ou si l'offrant y a renoncé (art. 151).

C'est l'opinion contraire qui a prévalu en Italie, et le Code de commerce dans son article 36, a posé pour règle

que les contrats par correspondance ne deviennent parfaits qu'au moment et dans le lieu où le proposant a connaissance de l'acceptation de son offre ; telle est également la manière de voir du Code civil autrichien (art. 862) et du Code civil espagnol (art. 1262, al. 2).

Il n'est d'ailleurs pas nécessaire pour que la solution du conflit soit difficile que les législations nationales de chacun des contractants se soient prononcées sur la formation du contrat ; il pourrait suffire d'une *jurisprudence* solidement établie en faveur de l'une ou l'autre théorie.

Les tribunaux belges, par exemple, se prononcent sans hésiter pour la théorie de l'information (1), tandis qu'au contraire, en Angleterre et aux Etats-Unis, les décisions sont unanimes à déclarer que la manifestation de l'acceptation suffit à former le contrat (2).

Ceci posé, toutes les fois qu'un Allemand, un Suisse ou un Anglais traiteront par correspondance avec un Français, un Italien ou un Belge, si des difficultés s'élèvent à propos du contrat, le conflit est insoluble si l'on prétend appliquer la « lex loci contractus » ; c'est qu'en effet, avant de trancher le conflit de lois sur la question en litige (garantie ou responsabilité, par exemple), il faut d'abord

(1) *Bruxelles*, 25 février 1867. D. P. 67. 2. 193 ; *Gand*, 9 avril 1874 (Jur. Anvers 75. 2. 80) ; *Bruxelles*, 1er déc. 1884 et *Liège*, 22 avril 1885; Pas. 1885, II, p. 305 et 355; *Trib. com. Anvers*, 14 avril 1891; Jur. Anvers 93. 1. 90 ; *Trib. com. Bourges*, 16 mai 1890. J. dr. int. privé 1891, p. 272 ; Contra *Bruxelles*, 24 déc. 1879 Pas. 1880. II. 266.

(2) Voir les décisions rendues dans l'un et l'autre pays que citent *Warthon*, Private internationale Law §§ 421-22 ; *Benjamin*, Sale of personal property, p. 71 et *Pollock*, Principles of contract, ch. I, p. 13 et s.

pour connaître la « lex loci », trancher le conflit de lois qui s'élève sur le moment de la formation du contrat; à ce point de vue on déclare que la « lex loci contractus » doit l'emporter (pourquoi en serait-il autrement si l'on admet le principe d'une manière générale) et alors on tourne dans un cercle vicieux, puisque pour connaître le lieu de la formation il faut déjà savoir à quel moment le contrat est parfait, et ce moment ne peut se préciser que si l'on connaît déjà la loi applicable au contrat (1). La « lex loci contractus » est donc inapplicable dans toute une série d'hypothèses; elle aboutit dans d'autres à des résultats inadmissibles, il nous faut la rejeter.

Nous le ferons d'autant plus volontiers que pour nous le *lieu du contrat n'existe pas;* nous l'avons montré à propos de l'article 420 Pr. civ., il faut toutes les fois que la question de lieu est en jeu renoncer à chercher en quel endroit s'est produit le concours des volontés; il faut considérer séparément les deux manifestations de volonté, chacune d'elle se réalise en un endroit différent, il faut poser franchement la question : de même que nous nous sommes demandé lequel des deux tribunaux était compétent, celui d'arrivée de l'offre, celui d'arrivée de l'acceptation, de même nous nous demanderons quelle est la législation applicable au contrat de celle où l'offre arrive, de celle où l'acceptation est adressée.

On a cependant contesté la justesse de ce point de vue et tout en reconnaissant qu'il n'y a pas à parler de lieu du contrat, on a dit que « puisqu'aucun traité international, ni aucune loi interne n'a réglé la question de savoir quel est le lieu où se forment les contrats conclus par

(1) *Valery*, op. cit., nº 407.

une correspondance échangée entre deux pays différents, il est nécessaire de rechercher quelle est la solution la plus conforme *au droit naturel* » (1). C'était l'opinion de Grotius, qui venant à s'occuper incidemment dans son fameux traité « de jure belli ac pacis » des conditions de validité que les conventions doivent réunir, fait la remarque suivante : « Qui in loco aliquo contrahit, tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur. Plane aliud erit si in mari pactio fiat, aut in vacua insula, aut per litteras inter absentes. Talia enim pacta jure solo naturæ reguntur » (2). Les contrats entre absents sont donc assimilés à ceux conclus en pleine mer ou dans une île déserte : la situation cependant n'est pas la même; au point de vue du droit international privé, ceux qui contractent entre absents se trouvent chacun sous l'empire d'une législation qui leur est normalement applicable ; la difficulté vient justement du choix qu'il faut faire entre deux lois; il est hardi d'assimiler l'hypothèse avec celle où les parties se sont rencontrées dans un endroit étranger à toute législation. Et d'ailleurs, même alors, est-il vrai qu'aucune loi positive ne puisse intervenir et en sera-t-on forcément réduit à appliquer le droit naturel? Evidemment, cela n'est pas possible sous peine d'ouvrir la porte à l'arbitraire des tribunaux : aussi a-t-il été jugé à Messine que la convention faite en pleine mer pour le remorquage d'un navire, entre deux navires de pavillons différents, est régie par la loi du lieu d'exécution (3), on cherche en somme à rattacher le contrat à

(1) *Valery*, op. cit., nº 414.
(2) *Grotius*, op. cit., Livre II, ch. XI, § 5.
(3) *Messine*, 15 janvier 1887, J. dr. int. privé, 1888, p. 693.

une loi positive, sans s'inquiéter de savoir en quel lieu il s'est formé : c'est ce qu'il nous faut faire en l'espèce et notre choix ne peut se porter que sur la législation des Etats habités par les parties.

Ce conflit d'après certains auteurs est *insoluble*, et l'on propose de diviser le contrat en réglant les obligations de chacune des parties d'après la loi qui la régit. C'est l'opinion de M. de Savigny (1) qui n'ose cependant pas la formuler d'une manière absolue : il compare le pollicitant qui fait une offre par lettre à un voyageur qui se rend chez son correspondant pour conclure un marché. Un séjour temporaire de quelques heures, dit-il, ne suffit pas pour déterminer la loi du contrat, on doit donc appliquer la règle générale qui d'après lui est celle du lieu où le contrat reçoit son exécution. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que le lieu de l'exécution soit certain ; on peut croire dans ce cas que les parties y ont eu égard ; si le lieu d'exécution du contrat n'a pas été réglé d'une manière formelle, il n'y a qu'à diviser le contrat et à appliquer à chacune des obligations la loi du pays où se trouve le débiteur.

Qui ne voit l'inconvénient d'une pareille solution ? C'est la *contradiction* rencontrée à chaque pas ! d'ailleurs comme l'a fait remarquer M. Laurent (2) on se trouve dans l'impossibilité juridique d'appliquer cette théorie « ce qui est une obligation pour l'acheteur est un droit pour le vendeur et si les obligations de chacune des parties doivent être régies par sa loi, pourquoi n'en serait-il pas de même des droits des contractants ? » On arriverait ainsi à régler par des lois différentes le droit et l'obligation corrélative,

(1) *Savigny*, Système, t. VIII, p. 256.
(2) *Laurent*, Dr. civil int., t. VIII, p. 540.

c'est-à-dire à distinguer et à séparer ce qui au fond ne fait qu'un.

Mais à quoi bon discuter plus longtemps un système manifestement contraire à la volonté des parties, qui, on peut l'affirmer sans hésiter, ont voulu qu'une loi unique soit appliquée au contrat.

La volonté des parties ! Tel doit être notre guide pour arriver à une solution raisonnable : le contrat est en effet l'accord de deux ou plusieurs volontés qui l'engendrent ; la loi qui gouverne l'obligation contractuelle est celle que *les parties ont choisie*, à laquelle elles ont voulu se soumettre ; cela se comprend, la loi n'étant dans une certaine mesure qu'un complément nécessaire de la volonté exprimée par les parties : « le plus souvent, en effet, la volonté des parties ne s'est portée réellement que sur le résultat économique qu'elles avaient en vue, n'envisageant l'acte juridique qu'elles concluaient que comme un moyen de l'atteindre, comme un instrument ou comme un intermédiaire, et non comme un but. Aussi, loin de s'arrêter à tous les détails du mécanisme juridique, les parties se contentent de choisir dans les catégories légales l'acte le plus propre au but qu'elles visent, elles en arrêtent les quelques points principaux qui dépendent forcément d'elles et pour tout le reste elles s'en remettent à la loi. C'est ainsi que des milliers de ventes se font sans que les parties aient fixé autre chose que le prix et l'objet et sans que leur volonté ait été le moins du monde attirée sur les conséquences juridiques qui devaient ressortir de leur convention, telles que la garantie, la résolution, etc. (1) », chercher en droit inter-

(1) *Saleilles,* Déc. de vol., art. 133, p. 196.

national privé quelle est la loi applicable au contrat c'est donc chercher ce que les parties peuvent bien avoir voulu.

Cette importance de la volonté des parties apparaît déjà chez *les anciens auteurs* ; elle a été bien mise en lumière par Dumoulin (1) : la loi applicable, dit-il, doit être déterminée par la volonté des parties ; lorsqu'elle n'est pas exprimée, il faut la chercher, car jus est in tacita et verissimiliter mente contrahentium ; il faut la chercher dans les circonstances qui ont accompagné l'exercice de la volonté lors de la formation du contrat et le lieu du contrat sera l'une de ces circonstances mais non la seule : « inspiciuntur circumstantiæ voluntatis, quarum una est statutum loci in quo contrahitur et domicilii contrahentium antiqui vel recentes et similes circonstantiæ. » Il ajoute que suivre ces indications c'est moins appliquer une coutume que s'inspirer d'une convention tacite ou en d'autres termes d'un contrat supposé et consacré par la coutume (2).

Depuis lors c'est comme *interprétation de la volonté* des parties que tous les systèmes ont été présentés; celui qui applique la lex loci contractus n'échappe pas à cette règle ; les auteurs qui le soutiennent ont renoncé à la vieille comparaison de Paul de Castre entre la naissance du contrat et la naissance des individus ; on ne dit plus que : « le lieu où se forme un contrat doit être considéré comme le lieu de sa naissance et que les contrats comme

(1) *Caroli Molinei*, opera, III, p. 557 et s.

(2) *Rochus Curtius*, Applique aussi la lex loci contractus en imaginant que les parties contractantes se soumettent tacitement à la loi du lieu où elles contractent. (Tractatus utrius juris, II, p. 376 et s.)

les personnes sont soumis aux statuts de leur lieu d'origine (quia talis contractus dicitur ibi nasci ubi nascitur et sicut persona ratione originis ligatur a statutis loci originis ita et actus (1). » On dit au contraire : « qu'en ce qui concerne la formation de ce contrat, sa substance, ses effets juridiques, il est infiniment probable que les contractants ont consulté la loi du lieu où la convention a été passée et que c'est à elle, puisque l'acte ne contredit pas cette présomption qu'ils se sont tacitement référés ; cette loi est en quelque sorte leur loi commune, à l'instant où ils échangent les consentements d'où l'obligation doit naître et rien ne les empêche de prendre connaissance de ces dispositions (2). »

Nous avons montré l'inanité de cette présomption en montrant que le lieu du contrat n'existe pas; il nous faut maintenant voir les divers autres systèmes qui ont été présentés pour résoudre le conflit de lois au nom de la volonté des parties.

Certains auteurs enseignent qu'il faut considérer *la loi personnelle du débiteur* : « C'est l'obligation passive, affirme Demante (3), qui modifie vraiment l'état de la personne en restreignant la liberté naturelle ; c'est donc la loi de l'obligé qui doit régir cette modification. » La solution est, dit-on, évidemment conforme à la volonté et à l'intérêt du débiteur, or, dans le doute, c'est ainsi qu'on doit interpréter la convocation. D'un mot rejetons la théorie en constatant qu'elle est inapplicable aux contrats

(1) *Paul de Castre,* Pauli Castrensis in primam codicis partem commentaria, L. cunctos populos, nos 10 et 11.

(2) *Weiss*, Manuel, p. 632 ; Traité, t. III, p. 355.

(3) *Demante*, op. cit., t. I, p. 50 et s.

synallagmatiques, chaque partie est alors créancière et débitrice ; faire régir l'obligation contractée par la loi du débiteur, c'est revenir à la division du contrat telle que la proposait Savigny, division que les parties repoussent absolument.

On a soutenu alors que rien n'est plus raisonnable que d'appliquer au contrat par interprétation de la volonté des parties la loi de celui qui a joué le rôle prépondérant dans le contrat c'est-à-dire la *loi du proposant* : « Il ne nous paraît guère contestable, dit M. Surville (1), que le pollicitant habitué à placer les affaires qui l'intéressent sous l'autorité tutélaire de sa loi nationale, ait eu en vue cette loi toutes les fois qu'il s'est borné à faire par correspondance une offre de contracter sans en préciser autrement les termes. Cette offre qui voyage avec le cachet qu'a entendu lui donner le pollicitant se présente telle qu'elle à l'acceptation de l'autre partie. »

Mais l'opinion contraire n'est-elle pas aussi raisonnable et ne peut-on pas soutenir que *l'acceptant* s'est référé à *sa loi personnelle*, la seule qu'il connaisse. Comme le remarque M. Weiss (2) : « Dira-t-on que par cela seul qu'il adhère à l'offre qui lui est faite, l'acceptant reconnaît, comme loi du contrat, la loi de celui qui en a pris l'initiative ? Mais n'est-il pas au contraire plus vraisemblable qu'avant de consentir il ait interrogé les dispositions de sa loi personnelle, la seule qui soit véritablement à sa portée et apprécié, d'après elle, les conditions qui lui sont proposées.

(1) *Surville*, Contrat par correspondance dans les rapports internationaux, p. 371 (J. dr. int. pr., 1891).

(2) *Weiss*, Manuel, p. 635 ; Traité, t. III, p. 353.

Et tout d'abord, au point de vue pratique ces deux systèmes présentent des *inconvénients* assez graves : il est rare, en effet, que l'acceptation emporte soumission sans réserves aux conditions proposées, elle n'exclut pas la discussion et elle est souvent subordonnée à des changements que le pollicitant doit accepter à son tour : chacune des parties joue alors tout à la fois le rôle d'acceptant et d'offrant puisque certains points sont proposés par l'une et acceptés par l'autre et réciproquement ; il y a deux lois de l'offrant, deux lois de l'acceptant ; faudra-t-il pousser la logique jusqu'au bout et placer le contrat sous l'empire de deux lois différentes (1) ? Evidemment non, et l'on a prévu l'objection : « les pourparlers, dit en effet M. Surville (2), peuvent être plus ou moins longs, mais quelle qu'en soit la longueur et la complication, nous croyons que par interprétation de la volonté des deux parties, le contrat par correspondance doit, dans notre hypothèse et à moins de contre-indication, obéir, non pas toujours à la loi nationale de l'auteur de l'offre, mais à la loi nationale de celui qui, tout compte fait, a joué le rôle prépondérant dans le contrat et dicté la loi à laquelle l'autre partie par son acquiescement doit être censée souscrire. » Or, comment déterminer celui des contractants qui a joué le rôle prépondérant ?

En vérité tous ces systèmes se valent et *aucun* ne fournit une *solution satisfaisante* : ils ont le tort de s'appliquer à la recherche d'une volonté interne, forcé-

(1) Cf. *Weiss*, Manuel, p. 635.

(2) *Surville*, loc. cit., Sic. *Cour de cassation de Turin*, 13 janvier 1891 (J. dr. int. pr. 1891, p. 1026. Voir aussi un arrêt de la Cour provinciale de la Gueldre du 14 juillet 1871. (Rev. dr. int. 1872, p. 659.)

ment contradictoire de la part des deux parties puisqu'elles ont des intérêts opposés et sur laquelle l'accord n'a pu se faire puisqu'elle n'a pas été manifestée. Aussi en est-on réduit à voir ce que l'une des parties seulement a voulu ; les uns prennent en considération la volonté du débiteur, d'autres celle de l'offrant, d'autres enfin celle de l'acceptant : mais la volonté de l'un des contractants est égale à celle de l'autre, pourquoi permettre à l'une d'elles seulement de dicter la loi du contrat ? Ce qu'il faut, c'est trouver une solution que les deux parties ont voulue et on ne la rencontrera qu'en s'attachant à *quelque fait extérieur*.

Une chose tout d'abord paraît certaine c'est que les contractants ont vu leur attention attirée par les législations sous l'empire desquelles ils se trouvaient respectivement au moment du marché, et par là nous entendons non pas que chacun a pensé à la sienne mais que chacun a pensé aux deux : le contrat est, en effet, nous l'avons dit bien souvent, la réunion de deux déclarations de volonté qui partent d'un lieu pour arriver dans un autre ; chacun envisage la loi du pays qu'il habite, parce que c'est elle qui normalement régit ses actes et chacun pense à la loi du pays où il s'adresse, précisément parce que c'est celle à laquelle son co-contractant obéit : toute la question est de savoir laquelle des deux législations on a voulu appliquer au contrat.

« Pour l'école classique, nous le savons, l'essence ou l'élément constitutif du contrat c'est un concours de volontés purement intérieures ; ce qu'il faut pénétrer pour constater cet accord, c'est l'âme même de chacune des parties contractantes, le reste : gestes, paroles, écrits, ce sont les moyens de preuve, rien de plus ; les phénomènes

sensibles, les faits extérieurs à l'âme n'ont point de valeur en eux-mêmes mais seulement en tant qu'ils dévoilent des faits intérieurs et les faits intérieurs seuls sont l'élément constitutif de la convention (1). »

Nous avons rejeté cette conception; nous avons vu que la volonté n'a de valeur juridique qu'autant qu'elle a été *déclarée* et que d'ailleurs cette déclaration qui peut être expresse ou tacite résultera quelquefois d'un simple fait : c'est ce qui se produit dans le contrat entre présents; on applique alors la *lex loci contractus* parce que c'est celle du pays où les parties se sont rencontrées, c'est-à-dire celles qu'elles ont implicitement manifesté la volonté d'accepter. Lorsque le contrat est passé entre absents par deux personnes habitant des pays différents, cette présence des deux parties dans un lieu unique ne se retrouve pas, mais nous avons deux déclarations de volonté qui partent d'un pays pour arriver dans un autre, et c'est ce fait qu'il s'agit d'interpréter.

De ce que la déclaration part d'un lieu, il semble difficile de tirer une conclusion ; on dit bien que la loi de ce lieu étant celle sous la protection de laquelle l'auteur de la manifestation de volonté a *l'habitude* de placer les actes qu'il accomplit, il est à présumer que c'est à elle qu'il a voulu se référer. Mais il faut remarquer que la loi de chacune des parties n'est en général applicable à ses actes que parce qu'ils doivent déployer entièrement leurs effets à l'intérieur du pays qu'il habite. Les conditions ne sont donc pas les mêmes que dans l'hypothèse qui nous occupe : nous nous trouvons en présence d'une volonté qui se manifeste

(1) *Dereux*, Etude des diverses conceptions actuelles du contrat. (Rev. crit., 1901, p. 514.)

dans un pays mais qui s'adresse à une personne résidant à l'étranger ; cette volonté, nous le savons, n'acquiert d'existence juridique que par *l'arrivée* entre les mains du destinataire de la missive qui la contient ; cela ne porte-t-il pas à penser que la législation à appliquer doit être celle du destinataire, d'autant plus que l'auteur de la déclaration faisant un acte pour ainsi dire *anormal* a dû vouloir déroger à ses habitudes et se placer sous l'empire d'une loi qui n'est pas la sienne habituellement : c'est donc la loi du pays où la déclaration est adressée que nous devons observer.

Mais alors puisque d'une part, nous sommes en présence de deux déclarations de volonté qui arrivent chacune dans un pays différent et que d'autre part nous avons posé en principe qu'une seule législation doit s'appliquer au contrat, à laquelle des deux législations faudra-t il se référer : en d'autres termes, appliquera-t-on la loi du pays où arrive l'offre ou la loi du pays où arrive l'acceptation.

Nous répondons sans hésiter que la première solution est la seule légitime : c'est *l'arrivée de l'offre qui détermine la loi applicable au contrat* (1) ; il nous sera facile de le montrer en rappelant que c'est la volonté des parties qui doit trancher la question ; telle loi ne pourra s'appliquer que si les parties l'ont voulue. Or l'accord des volontés n'est que la conformité de l'offre et de l'acceptation ; pour qu'il existe, il faut que ce qui est offert ait été accepté, et ce qui est offert résulte évidemment de la volonté de l'offrant, c'est donc par sa déclaration qu'il faut résoudre le conflit de lois ; la loi du pays où elle arrive

(1) Cf. *Ferron*, loc. cit., p. 429.

est celle que les parties ont acceptée comme régulatrice du contrat ; nous l'avons montré en ce qui concerne l'offrant et quant à l'acceptant, sa volonté ne saurait être douteuse : il est naturel, en effet, de penser qu'il a voulu rester sous l'empire de la loi qui le régit habituellement ; qu'on ne dise pas que sa déclaration adressée à l'étranger dénote une intention contraire ! La réponse est bien simple : l'acceptation n'est qu'une conséquence de l'offre, c'est un acte provoqué ; la proposition au contraire est un acte spontané qui doit être examiné sous toutes ses faces ; le proposant en s'adressant à l'étranger a dû peser les conséquences de son acte et voir en quoi il s'éloignait de sa conduite ordinaire ; il a dû chercher à connaître la loi de ce pays étranger et en tout cas il est juste de penser qu'il a voulu s'y soumettre.

Dumoulin le disait déjà (1) : l'acheteur qui s'est transporté au domicile du vendeur pour effectuer l'achat, fait présumer qu'il a renoncé aux droits à lui conférés par la loi de son domicile, et qu'il s'est soumis à la loi du domicile du vendeur.

Tout autre est la situation de l'acceptant ; s'il adresse sa réponse dans un pays qui n'est pas le sien, c'est peut-être un peu malgré lui : l'offre l'a tenté et il l'accepte sans s'inquiéter beaucoup de la loi à laquelle obéit l'auteur de l'offre ; comment d'ailleurs le lui reprocher ? Nous savons que l'acceptation doit être le plus souvent donnée dans un délai très bref et si nous supposons une importante maison de commerce qui reçoit des offres de tous les pays, devons-nous la mettre dans la ruineuse alternative d'accepter une loi qu'elle ne connaît pas ou de man-

(1) *Caroli Molinei*, Opera, III, p. 557.

quer un marché avantageux. Cela évidemment n'est pas possible : celui qui accepte une offre venue de l'étranger n'entend pas se soustraire à la législation qui le régit habituellement et le proposant au contraire se soumet à la loi du pays où il s'adresse : les deux volontés sont d'accord.

Est-ce à dire qu'on n'aura jamais à s'inquiéter du pays *d'où part l'offre* et que toujours le pays de l'acceptant devra être pris en considération pour l'interprétation du contrat? Certainement non; il n'en sera pas ainsi, notamment dans « cette espèce d'interprétation qui complète l'expression des volontés individuelles (1) », toutes les fois, par exemple, qu'on se trouvera en présence d'un terme ambigu et qu'il s'agira de savoir au juste ce que l'offrant a voulu ; « le lieu dont le langage doit être pris en considération est celui où demeure l'auteur de la première lettre, non le lieu où elle a été reçue [bien que le contrat soit regardé comme conclu dans ce dernier lieu] ; car l'auteur de la lettre a dû avoir présent à la pensée le langage qui lui est familier » (2) et de Savigny cite en note l'exemple suivant : une compagnie d'assurance de Leipzig avait dans ses statuts inséré la phrase suivante : « excepté le cas où le sinistre résulterait d'une émeute. » Relativement à un incendie communiqué du dehors s'élève la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer les notions juridiques sur l'émeute, qui varient suivant les lois des divers pays, et de Savigny décide après Wächter que l'on doit se conformer aux lois saxonnes sous l'empire desquelles ont été rédigées les conditions qui font la base du

(1) *Savigny*, op. cit., t. VIII, p. 262.
(2) *Savigny*, op. cit., t. VIII, p. 262.

contrat d'assurance, mais, en dehors de cette hypothèse, la loi applicable au contrat est celle du pays où l'offre a été adressée (1).

Nous avons ainsi posé le principe qui doit guider l'interprète dans la solution du conflit de lois relatif aux contrats entre absents : il nous faudrait maintenant le mettre en œuvre et en montrer quelques applications : nous ne saurions mieux faire que d'examiner l'hypothèse où le conflit s'élève précisément en ce qui concerne le moment de la formation du contrat. Supposons, par exemple, un contrat passé par un Italien et un Allemand, dont les législations respectives admettent, nous le savons, l'une la théorie de l'information, l'autre celle de la déclaration ; le conflit est, nous l'avons vu, insoluble, et l'on tourne dans un cercle vicieux si l'on prétend le résoudre par la « lex loci contractus » ; la règle que nous avons posée est, au contraire, des plus simples; elle est, au surplus, conforme à la volonté des parties et nous ne pouvons que répéter, à ce point de vue, ce que nous avons déjà dit pour justifier la compétence du tribunal dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite : si la poste n'existait pas, l'offrant se serait transporté lui-même chez l'autre partie ; c'est là

(1) Dans le même ordre d'idées, les pouvoirs du mandataire seront déterminés et mesurés par la loi qui a présidé au contrat intervenu entre lui et son mandant; c'est-à-dire à moins d'intentions contraires clairement manifestées par la loi du lieu où ils se sont mis d'accord. (*Laurent*, Droit civil intern., t. VII, p. 543; *Despagnet*, Précis, n° 300 ; *Surville* et *Arthuys*, Précis, p. 253, note 3 ; *Weiss*, Traité, t. III, p. 336, note 2 ; Hambourg, 21 mai 1889. J. dr. int. pr., 1891, p. 572 ; Plusieurs législations donnent au contraire la préférence à la loi du lieu où l'opération est réalisée par le mandataire. Cf. C. co. italien art. 367, C. co. portugais, art. 255.)

qu'il aurait fait son offre et personne ne douterait que la loi de ce lieu fût la loi applicable au contrat : pourquoi en serait-il autrement lorsque l'offre est faite par lettre ou par commis-voyageur? L'offre émane-t-elle de l'Allemand, l'Italie est le pays d'arrivée de l'offre, la loi italienne est la loi du contrat, et celui-ci ne sera formé que par l'arrivée de l'acceptation à son destinataire ; le contraire se produirait si la proposition venait d'Italie, le contrat serait soumis à la loi allemande et par conséquent la théorie de la déclaration lui serait applicable.

Ce dernier résultat a cependant été contesté : « il ne suffit pas, dit M. Chrétien (1), que chacun des contractants se tienne pour engagé, il faut que les deux parties se tiennent pour liées ; c'est alors seulement qu'existe le concours indispensable des consentements sérieux et obligatoires. Or, au cas de divergences existant entre les lois auxquelles les contractants se sont référés ou doivent raisonnablement être censés s'être référés, cette situation n'existera qu'au moment fixé par celle des législations qui recule davantage la formation du contrat. C'est cette loi seule qui, à notre avis, doit être prise en considération lorsqu'il s'agit de déterminer l'instant précis et par suite le lieu de la réalisation définitive du contrat entre absents. » Mais n'est-ce pas alors donner trop d'importance aux législations qui admettent la théorie de l'information et n'est-ce pas trancher d'une manière trop absolue la question du conflit de lois puisqu'on déclare la théorie de l'information applicable toutes les fois qu'un désaccord intervient entre les deux lois en présence; le législateur, en vérité, a seul le droit de poser un tel principe ; dans son silence, la

(1) *Chrétien*, J. dr. int. privé, 1891. p. 1028.

volonté des parties fait la loi du contrat et celle-ci peut s'être portée sur la théorie de la déclaration comme sur celle de l'information.

Il est vrai qu'on a cru pouvoir *contester* ou tout au moins *diminuer* l'importance de la volonté des parties sur la question que nous étudions ; comme le remarque M. Despagnet (1), « il semble à bon nombre d'auteurs que l'autonomie de la volonté n'est plus à considérer en ce qui concerne les conditions de formation du rapport juridique ; s'il est loisible, en effet, [disent-ils], à celles-ci de choisir telle loi qui leur convient pour régler les effets d'une convention, il semble difficile de leur permettre de s'exonérer des règles que la lex fori édicte pour les conditions mêmes de l'existence du contrat. »

C'est le sentiment de M. Valery (2) : « dans les pays, dit-il, tels que l'Allemagne, la Suisse, l'Italie où le législateur s'est prononcé sur ce point (formation du contrat), les tribunaux outrepasseraient leurs pouvoirs s'ils prétendaient trancher différemment la question ; si des juges italiens par exemple prétendaient, contrairement à la doctrine admise par le législateur dans le Code de commerce italien, que la perfection du contrat se place au moment de l'envoi de la lettre d'acceptation. Peu importe que l'une des missives qui ont servi à la formation du contrat ait été expédiée d'un pays où prévaut une doctrine différente, à moins d'une volonté certaine et expresse des contractants, le juge ne peut appliquer que la doctrine adoptée par la loi dont il est l'interprète. Il doit juger

(1) *Despagnet*, Conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques. J. dr. int. privé, 1898, p. 271.

(2) *Valery*, op. cit., nº 414.

d'après la lex fori, la question qui lui est soumise est une question qui appartient au droit intérieur (1). »

M. Valery fait remarquer que cette opinion paraît avoir *triomphé auprès des tribunaux* des divers pays. « Certains, dit il (2), se sont bornés à appliquer leur loi ou leur jurisprudence nationale sans se préoccuper de la règle suivie dans le pays étranger où l'une des missives échangées avait été écrite ou reçue (3).

D'autres juges ont estimé qu'ils se trouvaient en présence d'un conflit de lois, mais quels que soient les motifs qu'ils aient invoqués pour résoudre ce conflit, le résultat a toujours été le même : en dernière analyse ils ont tranché la difficulté de la même façon que si le contrat s'était formé à l'intérieur du pays où ils exercent leurs fonctions. Pour s'en convaincre, il suffit de considérer les décisions contenues dans les arrêts et dans les jugements, d'ailleurs assez rares, relatifs à cette question » (4).

Nous ne saurions adopter cette manière de voir qui, si elle était admise et en la généralisant, n'aboutirait à rien moins qu'à la *suppression du droit international privé*; si en effet les tribunaux ne peuvent appliquer jamais que leur loi nationale, le conflit de lois n'est plus possible et nous voilà reportés de plusieurs siècles en arrière à l'époque de la territorialité des lois. En réalité, lorsqu'un contrat est conclu entre absents par deux personnes habitant des pays différents, le juge a à se demander quel est

(1) *Asser*, Eléments de droit international privé, n° 35.

(2) *Valery*. op. cit., n° 416.

(3) *Milan*, 11 décembre 1888. Journ. dr. int. priv., 1892, p. 512.

(4) *Trib. com. Bourges*, 16 mai 1890. J. dr. int. priv., 1891, p. 272; Cass. Turin, 13 janvier 1891, ibid., p. 1026.

celui des deux États dont il doit observer les prescriptions, et rien ne s'oppose à ce qu'il admette un principe contraire à sa loi nationale : l'ordre public n'est pas en jeu ; on ne se trouve pas en présence d'une opposition d'intérêt entre la société locale d'une part, et l'individu étranger de l'autre ; il s'agit d'une question d'ordre purement privé ; qu'importe à l'Etat qu'un contrat passé par deux personnes soit définitivement formé à un moment ou à un autre ? la décision prise ne contredira pas « les bases fondamentales sur lesquelles son organisation est assise » (1).

La preuve en est qu'on admet l'application de la loi étrangère lorsque la volonté des parties s'est formellement exprimée sur ce point : la volonté tacite n'a-t-elle donc pas la même valeur que si elle était expressément manifestée. M. Valéry reconnaît d'ailleurs lui-même que la capacité des contractants doit être appréciée d'après la loi de leur domicile et alors on peut se demander pourquoi vis-à vis d'un même acte juridique, les tribunaux dans un cas s'inquiètent d'une législation étrangère et dans l'autre en sont réduits à leur loi nationale. Qu'importe qu'il s'agisse « des conditions de formation du rapport juridique ? » Comme nous l'avons montré l'ordre public international n'est pas en jeu ; la volonté des parties doit donc sortir dans tous les cas son plein et entier effet, sans distinguer si elle est expresse ou tacite, ce qui arrivera le plus souvent et cette volonté nous est révélée par la loi du pays où l'offre a été faite.

Nous avons donc résolu de la même façon la question du conflit de lois et la question de compétence : dans l'un

(1) *Weiss*, Manuel, p. 245.

et dans l'autre cas il faut rechercher où l'offre a été faite et nous formulons ici les mêmes réserves que dans le chapitre précédent ; il ne suffira pas pour connaître la loi applicable de rechercher où la première lettre a été expédiée ; il faut savoir qui a fait l'offre car celui-là seul peut être à bon droit présumé avoir accepté la loi de son correspondant. Cette solution est d'ailleurs conforme à l'équité ; nous l'avons montré en ce qui concerne la compétence, il nous suffit de renvoyer aux explications qui ont été fournies sur ce point.

# CONCLUSION

Comme on le voit, toutes nos solutions reposent sur la distinction des deux déclarations qui constituent le contrat. Sans doute l'offre et l'acceptation sont nécessaires à l'existence de ce dernier, leur réunion seule pourra donner naissance à une obligation contractuelle. Mais cette part faite aux idées généralement admises et tout en repoussant la théorie qui voit dans la déclaration unilatérale une source d'obligations, ne convient-il pas de tenir compte dans une large mesure des volontés individuelles, du temps et du lieu où elles se sont manifestées ?

Nous avons montré, en ce qui concerne la loi applicable et le tribunal compétent, à quels inconvénients graves donnait naissance la recherche du lieu du contrat : le problème est au contraire plus facile à résoudre si l'on renonce à déterminer où l'accord des volontés s'est produit et si l'on s'attache simplement au point de savoir lequel est le plus important du lieu d'arrivée de l'offre ou du lieu d'arrivée de l'acceptation.

Il est, en effet, bizarre de parler de lieu du contrat : l'accord des volontés est un fait abstrait qui ne saurait se localiser dans l'espace : lorsque les parties ont contracté

verbalement, il est facile de préciser où cet accord est intervenu ; les parties étant face à face, la question ne se pose pour ainsi dire pas ; la juridiction compétente, la loi applicable sont forcément celles du lieu où les parties ont traité, et l'on ajoute en manière de justification : c'est là que le contrat s'est formé. Mais en réalité cette affirmation n'est que la conséquence d'un raisonnement intérieur qui se réduit à ceci : les parties étant dans le même lieu, y ont manifesté l'une son offre, l'autre son acceptation et par suite, comme le contrat n'est que la réunion de ces deux déclarations, c'est là que le contrat s'est formé. Le raisonnement n'est plus possible dans le contrat entre absents : cependant l'on n'en persiste pas moins à chercher le lieu du contrat pour déterminer le tribunal compétent ou la loi applicable ; on oublie qu'à ce point de vue dans le contrat entre présents l'important est beaucoup moins la réalisation dans un lieu de l'accord des volontés que la présence des parties et leurs déclarations simultanées dans le même lieu ; or celles-ci dans le contrat qui a eu lieu entre absents partent chacune d'un lieu pour arriver dans un autre où elles acquièrent une existence juridique indépendante ; les deux manifestations de volonté, nous le savons, se produisent en deux endroits différents, or leur réunion étant indispensable pour former le contrat, on ne peut pas dire que celui-ci se produise dans un lieu ou dans un autre : le lieu du contrat n'existe pas, renonçons à le chercher.

Il faut envisager séparément chacune des manifestations de volonté qui constituent le contrat et voir quelle est la plus importante au point de vue qui nous occupe : le lieu où elle se produit détermine quel est le tribunal compétent et la loi applicable. Ces diverses considérations nous ont ame-

nés à conclure qu'en cas de difficultés relatives à un contrat entre absents, l'affaire devait être portée devant le tribunal du lieu où l'offre a été adressée et c'est aussi ce lieu qui détermine la législation applicable lorsque le contrat a été passé par deux personnes habitant des États différents. Nous arrivons ainsi aux mêmes résultats que les auteurs qui admettent la théorie de la déclaration, et si nous remarquons que c'est le système consacré généralement par les tribunaux, lorsque la question de lieu est en jeu nous avons tout lieu de croire que notre solution est de nature à satisfaire les exigences de la pratique.

En ce qui concerne la question de temps, nous avons admis que l'acceptation peut être reprise tant qu'elle n'est pas arrivée à la connaissance de l'offrant, en remarquant d'ailleurs que le proposant est lié par la manifestation de l'acceptation et que cet événement marque aussi le moment où le contrat produit ses effets. C'est, on se le rappelle, la solution consacrée par certains partisans de la théorie de la déclaration qui font fléchir leur principe devant des considérations tirées de la pratique, mais alors que devient leur système ! Le contrat, disent-ils, est formé par la manifestation de l'acceptation et ce moment présente pour eux l'importance capitale que nous avons vue; or voici qu'ils permettent à l'acceptant de revenir sur sa volonté tant que l'offrant ne la connaît pas, n'est-il pas juste dès lors d'affirmer que c'est à ce moment extrême que le contrat existera d'une manière définitive et que par suite le moment de la formation du contrat n'est pas celui où l'offrant est lié, ni celui où le contrat produit ses effets. Qu'on ne nous reproche pas d'argumenter sur une théorie exceptionnelle : la solution ou plutôt les solutions, qu'elle admet sont, nous l'avons vu, les seules possibles et nous

avons montré les inconvénients des théories absolues qui prétendent que les parties doivent être irrévocablement liées au même instant et que les effets du contrat se réalisent à ce moment.

S'il en est ainsi, il ne faut plus parler en ce qui concerne les contrats entre absents du moment de leur formation : sans doute, en fait, il y a bien un instant où les deux volontés sont irrévocablement manifestées et où le contrat est parfait, mais le moment de la formation n'existe pas en ce sens que rien ne soit fait avant lui et que tout soit fait après lui. Les théories traditionnelles exagèrent l'importance de l'accord des volontés et font fausse route lorsqu'elles prétendent le saisir à tel moment ou à tel autre ; dans un contrat entre absents on n'est jamais sûr, en fait, qu'à un moment donné les deux volontés soient d'accord puisqu'à la manifestation de chacune d'elle, l'autre n'apparaît pas encore ou est déjà un fait passé : le concours des volontés n'est qu'une entité juridique, résultant de deux déclarations forcément successive, il ne faut pas en faire l'étape finale et décisive de la formation du contrat.

Cette dernière, nous l'avons montré, est un phénomène des plus complexes : expédition, réception de l'offre, expédition, réception de l'acceptation, telles sont les diverses phases par lesquelles on passe et dont il faut apprécier la valeur en se demandant à chacune d'elles ce que les parties normalement peuvent bien avoir voulu : il faut en un mot disséquer l'opération et non pas la considérer comme formant un tout indivisible. Nous avons ainsi démontré d'une part que rien ne s'oppose à ce que les parties soient liées à des moments différents et d'autre part que le résultat juridique poursuivi par les parties peut être atteint

avant même que l'acceptation n'acquière une existence définitive par son arrivée entre les mains de l'offrant.

Faut-il voir dans tout cela une différence radicale entre les contrats conclus verbalement et les contrats entre absents! Dans le contrat inter presentes, il semble en effet difficile d'établir des distinctions ; les deux parties sont liées ou aucune ne l'est, la différence cependant n'est pas essentielle ; dans un cas comme dans l'autre, nous nous trouvons en présence d'une offre et d'une acceptation, c'est-à-dire de deux manifestations de volonté séparées par un intervalle plus ou moins long : le concours des volontés n'est jamais qu'une fiction juridique et non un phénomène réel qu'on puisse localiser à tel endroit de l'espace ou du temps. Ce qui trompe dans les contrats entre présents, c'est le courtintervalle qui sépare l'offre et l'acceptation ; c'est aussi ce fait que l'acceptation est connue de l'offrant dès qu'elle a été manifestée ; ajoutons à cela que les parties s'adressant directement l'une à l'autre, l'absence d'intermédiaires empêche de suivre la formation du contrat dans ses étapes successives et nous comprendrons que pour les tiers le contrat forme un bloc indivisible ; mais l'une de ces circonstances vient elle à manquer, on voit immédiatement surgir toutes les difficultés que nous avons rencontrées dans l'étude des contrats entre absents : c'est ainsi, par exemple, qu'on ne saurait nier le caractère de contrat entre présents à celui conclu par lettres entre deux sourds et au contrat passé avec l'aide d'un interprète par deux personnes de nationalité différente : or, nous avons vu, à propos de ces derniers du moins, qu'on se demande à quel moment le contrat est formé, c'est-à-dire si l'acceptant peut revenir sur sa déclaration tant qu'elle n'a pas encore été traduite ; le

problème est le même que dans les contrats entre absents parce que la situation est la même : dans les deux cas la volonté une fois manifestée n'arrive que plus tard à la connaissance de celui qu'elle intéresse.

Il n'y a donc entre les deux manières de contracter aucune différence théorique et d'une manière abstraite, on conçoit très bien la théorie de l'information où celle de la déclaration appliquées aux contrats entre présents ; la question de la formation du contrat se présente d'ailleurs, nous l'avons vu, à peu près dans les mêmes termes pour le contrat par téléphone où l'on distingue l'émission et la réception de l'acceptation, bien que ce soient deux faits pour ainsi dire simultanés. C'est qu'alors l'intérêt pratique est considérable à cause de la solidarité qui existe dans l'opinion courante entre le moment et le lieu de la formation du contrat ; dans les contrats entre présents, l'intérêt de la distinction n'existe pas et l'on ne s'en préoccupe pas, mais enfin la distinction est possible c'est tout ce que nous voulions établir.

On peut d'ailleurs, poussant plus loin l'analyse, montrer que la ressemblance ne s'arrête pas là et qu'on rencontre quelquefois, à propos de l'offre dans les contrats entre présents, les mêmes questions que dans les contrats entre absents.

Pour ne nous occuper que de la durée de l'offre, remarquons que si le plus souvent celle-ci doit être acceptée immédiatement, il arrivera aussi que les parties fixent un certain délai pour accepter ou refuser ; l'offrant est alors lié par ce délai et l'acceptation formera le contrat pourvu qu'elle intervienne en temps utile.

La fixation du délai peut même être tacite ; cela se produira lorsque l'offre est de telle nature que pour être

acceptée sérieusement, elle demande une certaine réflexion; par exemple Titius offre à Caius une maison que celui-ci ne connaît pas ; Titius sera lié par son offre pendant le temps nécessaire à Caius pour visiter l'immeuble offert. De même j'offre à une personne certains titres de rente : elle me demande de lui laisser examiner les cours de la Bourse; je serai lié pendant le temps normalement nécessaire à cette opération et ainsi de suite (1). Comme dans le contrat entre absents l'acceptation devra intervenir dans un délai raisonnable, dont l'appréciation en cas de difficultés appartiendra souverainement aux juges du fait.

Tout cela nous explique les difficultés qu'on éprouve à établir une démarcation nette qui sépare les contrats entre absents des contrats entre présents. « C'est qu'en effet, si l'on considère d'une part, comme type du contrat entre présents, le contrat conclu entre deux personnes jouissant de tous leurs sens et placées en face l'une de l'autre, si d'autre part, l'on prend pour type du contrat entre absents celui qui se forme par l'intermédiaire d'un messager, entre ces deux types extrêmes, il faut ranger des contrats intervenant dans des circonstances telles qu'ils présenteront à un degré plus ou moins marqué, le caractère de l'un ou de l'autre de ces types (2). » Mais à quoi bon cette classification, qui, nous l'avons montré, n'a aucun intérêt, les questions à résoudre étant théoriquement les mêmes dans un cas comme dans l'autre et les solutions devant toujours se tirer des circonstances.

Nous arrivons ainsi à nier toute différence des contrats

(1) *Vidari*, op. cit. t. IV, nº 2368. p. 230.
(2) *Valery*, op. cit., nº 62, p. 65.

entre absents et des contrats entre présents, comme nous avons nié l'existence du moment de la formation et du lieu du contrat ; on ne nous en voudra pas si nous avons réussi à montrer l'inutilité de ces distinctions et les avantages des solutions proposées à leur place.

---

Vu : le Président de la thèse,
E. JOURDAN.

Vu : Le Doyen,
G. BRY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie d'Aix,
BELIN.

# TABLE DES MATIÈRES

Pages

**Index bibliographique** ..... ..... ..... ..... II

**Introduction** ..... 1

PREMIÈRE PARTIE

**Position du problème** ..... 13

Chapitre I. — Intérêts pratiques du problème ..... 15
Chapitre II. — Contrat par correspondance ..... 24
Chapitre III. — Contrat par commis-voyageur ..... 49
Chapitre IV. — Inconvénients des solutions admises ..... 72

SECONDE PARTIE

**Recherche d'une solution** ..... 91

Chapitre I. — Principes généraux ..... ..... 93
Chapitre II. — L'offre ..... 104
Chapitre III. — L'acceptation ..... 133
Chapitre IV. — Le lien contractuel ..... 157
Chapitre V. — Les effets du contrat ..... ..... 195
Chapitre VI. — Le lieu du contrat ..... ..... 218
Chapitre VII. — La loi applicable au contrat ..... ..... 240

CONCLUSION ..... 265

Ar. ROUSSEAU, Imprimeur-Éditeur. — Paris.

M. — 18

Le Mans — Association ouvrière (MAUROUSSIN, JOBIDON et cie). 5, rue du Porc-Epic